J.rom.c. Fabricius
123m

J. rom. c. 123.m

Historische Forschungen

im Gebiete

des Römischen Privat-Rechts.

von

Dr. Carl Ferdinand Fabricius,
Advocaten und Notarius in Stralsund.

(mehr nicht erschienen)

Erstes Heft.

Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum.

Berlin.
Verlegt bei G. Reimer.
1837.

Tom. C.
123
Fabricius

Historische Forschungen

im Gebiete des Römischen Privat-Rechts.

von

Dr. Carl Ferdinand Fabricius,
Advocaten und Notarius in Stralsund.

Erstes Heft.

Berlin.
Verlegt bei G. Reimer.
1837.

Ursprung und Entwickelung der Bonorum Possessio bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum.

Nebst einem Anhange,

enthaltend:

Bemerkungen zu Fr. 1, § 9. Si tabulae test. null. extab. und Fr. 32. de liberis et postumis.

Eine rechtshistorische Untersuchung

von

Dr. Carl Ferdinand Fabricius,
Advocaten und Notarius in Stralsund.

Berlin.
Verlegt bei G. Reimer.
1837.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Zur Mitfeier

des ersten Secular-Festes

der

Universität Göttingen,

Dem

Senior der Juristen-Facultät daselbst,

Herrn Geheimen JustizRath und Ritter,

Dr. Gustav Hugo,

Seinem theuren Lehrer und Promotor,

als Zeichen

inniger Verehrung und Dankbarkeit,

gewidmet

vom Verfasser.

Wem, als Ihnen, Hochverehrter Lehrer und Freund! könnte ich wohl eine die Geschichte der bonorum possessio behandelnde Schrift widmen, welche ich, um zur Feier des Secularfestes der Alma Georgia Augusta, — in deren Hörsäälen ja auch ich während drei Semester heimisch war, und wo ich zehn Jahre später unter Ihren Auspicien die Doctorwürde erwarb, — auch an meinem Theile ein Scherflein beizusteuern, in diesen Tagen an das Licht treten lasse.? Stehen doch seit dem ersten juristischen Unterrichte, dessen ich mich zu erfreuen hatte, die Namen Hugo und Bonorum Possessio in meinem Geiste, als unzertrennlich verbunden, neben einander! Mahnt uns doch die gegenwärtige Jubelfeier zugleich so lebendig an ein anderes Jubelfest, welches wir am zehnten May des nächsten Jahres freudig begehen werden, an jenem Tage, wo Sie vor einem halben Jahrhunderte Ihre Inaugural-Dissertation über die

bonorum possessio vertheidigten, und von da an als öffentlicher Lehrer des Rechts auftraten! Rechnen wir doch eben von jenem denkwürdigen Tage her das Wiederaufleben und die ganze neue, bessere Gestaltung der damals fast zum Knechtesdienste herabgewürdigten Jurisprudenz, als einer wirklichen Wissenschaft! Ist doch endlich jene so bedeutungsvolle Dissertation seit länger als fünf Jahren nicht von meiner Seite gekommen; und kann doch Niemand von deren Trefflichkeit inniger durchdrungen seyn, und sie freudiger anerkennen, als grade Der, der dieses Werk nicht nur zum Gegenstande seines eifrigen Studiums gemacht hat, sondern es jetzt auch, nachdem er auf Ihre Schultern gestiegen, theilweise bekämpft!

Und eben dieses theilweise Bekämpfen ließ es mich, auch um meiner Selbst willen, desto dringender wünschen, daß Sie mir gestatten möchten, Ihren Namen dieser Schrift voranzusetzen. So manche jüngere Juristen haben neuerlich durch Befehdung hochberühmter Männer, durch Verkleinerung bewährten Verdienstes, sich einen Namen zu machen gesucht; und Nichts fürchtete ich mehr, als dieser Zahl hinzugerechnet zu werden. Vor solcher Fährlichkeit nun hat, — außer dem reinen Bewußtseyn, daß nur das Interesse der Wissenschaft mich bei meiner Arbeit leite, — besonders Ihre freundliche Gewährung meiner Bitte mich sicher gestellt, indem Sie Selber jetzt mit als Zeuge für mich auftreten, daß ich die Pietät gegen einen innig verehrten Lehrer zu bewahren gewußt habe.

Ich durfte aber auch dreust wagen, Sie um solche Gunst zu bitten; denn ich weiß, wie grade Sie vorzugsweise geneigt sind, neuen Ansichten und Forschungen Jüngerer Ihre Aufmerksamkeit wohlwollend zuzuwenden; ich weiß, daß es Sie erfreuet zu sehen, wie Ihre Schüler, dichtgeschaart, in dem reichen Schachte der Wissenschaft, den Sie geschürft und abgeteuft haben, nach den verschiedensten Richtungen hin neue Gänge anbrechen, und das reine Erz, vom tauben Gesteine befreiet, zu Tage zu fördern rüstig streben. Und diese Freude ist denn auch um so natürlicher, je mehr Sie Selbst, als Vater und Stifter der historischen Schule, berechtiget sind die Errungenschaften Ihrer Jünger, — gleichwie ein Paterfamilias die Profectitien seiner Söhne, — als einen Theil Ihres eignen geistigen Erwerbes zu betrachten.

Also weit entfernt, mich Ihnen als Gegner gegenüber zu stellen, begebe ich mich vielmehr unter die Aegide Ihres Namens, um mich durch Diese gegen die Angriffe zu schirmen, denen meine Schrift, wie ich mir nicht verhehlen mag, mich genugsam bloß stellen wird.

Zuerst nemlich wird man mir kaum verzeihen, daß ich, als Praktiker, der sich seit funfzehn Jahren, statt in den Hörsäälen der Universitäten, nur in den Hallen der Gerichtshöfe umhergetummelt hat, es dennoch wage, nicht etwa über einzelne Rechtsfälle und über Dinge, die der praktischen Jurisprudenz angehören, zu schreiben, sondern über einen tief in die

Geschichte und Theorie des älteren Römischen Rechts eingreifenden Gegenstand neue Ansichten aufzustellen. Und dennoch möchte ich leicht das Beste von Dem, was ich hier gebe, zum Theile einem durch lange Uebung etwas geschärften praktischen Blicke verdanken, indem Dieser grade mich die Bedeutung des großen Unterschiedes zwischen der pro herede possessio und jedem übertragenen Besitze erkennen lehrte. Ja, noch mehr! ich darf behaupten, daß eben die Advocatur, wenn sie nicht bloß als Handwerk getrieben wird, uns vorzugsweise in die allernächste Verwandtschaft zu den classischen Juristen der Römerzeit stelle; denn eben auch unsere Beschäftigung besteht eigentlich ja allein im Analysiren einzelner Rechtsfälle und im Interpretiren gesetzlicher oder gewillkürter Dispositionen. Also bei allen quaestiones und responsa der Alten drängt sich uns unwillkürlich die Frage auf: „Wie „würdest du entscheiden, wenn an dich die Frage „gerichtet wäre?" und weil wir uns kaum zur Ruhe geben, bevor nicht unsere juristische Ueberzeugung mit dem Urtheile des Römers in Uebereinstimmung gebracht worden, sind wir, einigermaßen wenigstens, vor dem Fehler gesichert, uns leichthin mit dem halben Verstehen einer Stelle zu begnügen.

Ein zweiter und begründeterer Vorwurf dürfte mir darüber gemacht werden, daß ich die meisten älteren, Ihrer Dissertation vorangegangenen Bearbeitungen unserer Lehre, und vielleicht auch manches neuere Werk, zu Rathe zu ziehen versäumt habe. Etwas fällt

dieser Fehler wohl der zu guten Schule zur Last, in welcher ich meine Studien des Römischen Rechts gemacht habe; denn da ich das besondere Glück hatte, fast alle Meister der historischen Schule, außer **Ihnen Selbst** also, **v. Savigny**, den leider zu früh dahin geschiedenen **Hasse**, und **Göschen**, zu meinen Lehrern zu zählen, und von **Bergmann** in die civilistische Praxis eingeführt zu werden, so habe ich ziemlich gelernt auf eignen Füßen zu stehen, und selten das Bedürfniß der Krücke gefühlt, weshalb ich sie denn mitunter auch wohl da verschmähet haben mag, wo sie mir die trefflichsten Dienste hätte leisten können. Einigermaßen dürfte aber auch der Umstand mich entschuldigen, daß theils mit **Ihrer** Inaugural=Dissertation eine ganz neue Aera für die hier behandelte Lehre beginnt, theils die neu entdeckten Institutionen des Gajus unsere Kenntniß von der **bonorum possessio** ungemein bereichert und unsern Blick in diese Doctrin erweitert haben, wodurch denn das vor **Ihrem** Auftreten Geschriebene, mit wenigen allerdings bedeutenden Ausnahmen, jetzt etwas schaal und abgestanden erscheint.

Uebrigens möge man aus solcher Vernachläßigung nicht auf eine zu große Hast meiner Arbeit schließen. Hiervon weiß ich mich frei. Bereits in dem ersten Monate des Jahres 1832 entsprang in mir der durch diese ganze Abhandlung sich hindurch ziehende Grundgedanke, indem die juristische Lectüre des Cicero, — ein Studium, welches v. **Savigny** in seinen Vorlesungen über den Gajus mir früher empfohlen hatte, —

mich damals den Verrinen zuführte, und zwar grade in demselben Zeitpunkte, als sich eben neue Ansichten über die pro herede possessio (niedergelegt im vierten Bande des Rheinischen Museums für Jurisprudenz) in mir gebildet hatten. Dieses Zusammentreffen gab den ersten Funken, der bald zur Flamme emporwuchs. Jetzt wurden die Rechtsquellen mit stetem Hinblick auf Ihre Dissertation eifrig durchforscht, und schon im April 1833 konnte ich den ganzen Plan der gegenwärtigen Schrift meinem verehrten Lehrer v. Savigny vorlegen. Seitdem habe ich mich unausgesetzt mit dieser Lehre beschäftigt, wobei ich mich nun allerdings auch mit der neuern Litteratur bekannt machen mußte, und zwar theils, um meine eignen Ueberzeugungen einer desto umsichtigeren Kritik zu unterwerfen, und das ihnen Widersprechende in den Schriften Anderer zu bekämpfen, theils auch, um mich gegen die Gefahr zu sichern, daß ich etwa mit einer Ilias post Homerum vor der gelehrten Welt aufträte.

Ob ich alles Bedeutendere erfaßt habe, weiß ich freilich nicht genau, da dem vom wissenschaftlichen Verkehr entfernt stehenden Praktiker so leicht dieses oder jenes neue Werk entgehen kann. Selbst von dem, was ich benutzt habe, verdanke ich Vieles nur der gefälligen Mittheilung meines Freundes, des Herrn Professor Barkow. Also hier bin ich selber mir etwas unsicher, und das um so mehr, als erst, wie schon der zweite Bogen dieses Buches zur Correctur

vorlag, durch einen Zufall Francke's Schrift, über das Recht der Notherben, mir in die Hände gerieth. Im § 9 dieses Werkes fand ich nun den Hauptpunkt meiner Ansichten, nemlich die Annahme, daß die bonorum possessio aus dem alten Institute der Vindicien-Ertheilung hervorgegangen sey, so wie auch Andeutungen über den Einfluß der Kaiser auf das Entstehen der juris civilis impugnandi causa recepta bonorum possessio, und endlich meine Interpretationen von *Fr.* 12, *pr. de injusto etc.* und von Gaji *Inst.* 2, § 120. *sequu.*, ja Letztere fast wörtlich wieder; und im ersten Augenblicke war ich nahe daran, meine Schrift nun ganz zu unterdrücken. Eine ruhigere Betrachtung jedoch ließ mich späterhin hoffen, daß auch neben dem Francke'schen Buche das Meine noch einen selbständigen Werth behaupten dürfe, besonders da Francke'n die wesentliche Verschiedenheit der pro herede possessio von jedem übertragenen Besitze, welche eben erst das Eigenthümliche des Edictes über die bonorum possessio und dessen Abweichung von den Regeln für die Interdicte Uti possidetis und Utrubi erklärt, wenn nicht ganz entgangen, doch überall unbenutzt geblieben ist. Muß ich also auch darauf verzichten, der Erste gewesen zu seyn, der den Ursprung der bonorum possessio aus den manus in jure consertae herleitet, so dürfte mir doch das untergeordnetere Verdienst bleiben, diese Herleitung zuerst wissenschaftlich nachgewiesen und begründet zu haben; und daneben kann es mich nur freuen, und

mir in Bezug auf die Resultate meiner Forschungen einiges Vertrauen einflößen, daß Diese in mehreren Hauptpunkten mit den Ansichten eines so scharfsinnigen Juristen, wie Francke, zusammen treffen.

Je mehr ich aber Francke's Vorzüge anerkenne, desto schmerzlicher berührte mich die Art und Weise seines, und noch dazu in der Hauptsache durchaus ungerechten, Angriffes gegen v. Savigny. Da nun vorauszusehen ist, daß der große Meister auf eine mit solchen Waffen geführte Fehde sich nimmer einlassen, und also die gegen ihn gemachten Aufstellungen nicht selber beantworten und widerlegen werde, so hielt ich es mir, dem Schüler, erlaubt, jenen Angriff geziehmend zurückzuweisen, und ich hoffe, mein theurer Lehrer werde mir verzeihen, daß ich statt Seiner hier das Wort ergriffen habe.

Endlich möchte ich Sie noch ersuchen, den Nachträgen und Verbesserungen (Seite 229 ff.) einige Aufmerksamkeit zu schenken. Ganz fertig zu werden mit meiner Aufgabe, durfte ich mir nicht einbilden, auch wenn ich noch länger mit der Veröffentlichung Anstand genommen hätte; und gewiß werden sich manche Irrthümer, manche Ungenauigkeiten, eingeschlichen haben. Was ich an Solchen nun vor der gänzlichen Vollendung des Druckes entdeckte, habe ich dorten zusammengestellt und berichtiget, oder Ausgelassenes nachgetragen.

Was zuletzt den zwiefachen Titel dieser Schrift anlangt, so ist der Erste ein Wurf auf Hoffnung.

Sollte nemlich meine Arbeit sich einiges Beifalls zu erfreuen haben, so werde ich derselben in einem zweiten Hefte noch andere rechtsgeschichtliche Untersuchungen folgen lassen. Zu solchem Behufe liegen Aufsätze über die arbitria, bonae fidei judicia und arbitrariae actiones; — über das Verhältniß der drei alten Vindicationsformen zu einander; — und über das duplex dominium; — nebst einigen kritischen Bemerkungen über das jus accrescendi scriptis heredibus der filiae et nepotes; und über conjuncti und disjuncti heredes und collegatarii; — fast schon zum Drucke bereit. Wird indessen über vorliegende Abhandlung der Stab gebrochen, so mögen auch jene Sachen in meinem Pulte ruhen bleiben.

Und nun bitte ich Sie noch einmal, diese Schrift mit Wohlwollen aufzunehmen, und die Gesinnungen der Dankbarkeit und Verehrung freundlich zu genehmigen, mit welchen, wie mit dem innigen Wunsche, daß Sie noch lange in ungeschwächter Kraft, und segensreich wie bisher, unter uns wirken mögen, ich verharre als

Stralsund,
im August 1837.

Ihr treu ergebener
C. F. Fabricius.

Verzeichniss des Inhaltes.

Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum.

1. Einleitung. (Die bisherigen Ansichten.) . . *pag.* 1.
2. Ursprung der B. P. . . . . - 17.
3. Fortbildung der B. P. bis gegen das Ende der Republik. . . . . - 48.
4. Völlige Ausbildung des ganzen Rechts-Instituts. - 80.
5. Aeußere Erscheinung der B. P. zur Zeit ihrer völligen Reife. . . . . - 145.

Bemerkungen zu Fr. 1, § 9. unde liberi. und Fr. 32. de liberis et postumis. . . . . - 211.

Verbesserungen und Nachträge. . . . . . - 229.

Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum.

I. Einleitung.

Die bisherigen Ansichten.

Die jetzt allgemein angenommene Lehre hinsichtlich der bonorum possessio, wie sie Hugo in seiner berühmten Inaugural-Dissertation, der reichen Fundgrube für alle späteren Untersuchungen über dieses Institut, entwickelt hat, lautet in ihren Grundzügen etwa folgendermaßen:

Es gab im alten Rom zwei ganz getrennte Erbschaftssysteme, die hereditas und die bonorum possessio, jene das Civilrechtliche, auf die zwölf Tafeln gegründet, diese das Prätorische, durch das Edict eingeführt. Da Beide auf dem Begriffe einer Universal-Succession beruhen, und fortwährend neben einander in rechtlicher Kraft bestanden, so ist vor allen Dingen die Frage nach ihrem gegenseitigen Verhältnisse zu beantworten.

Wäre in beiden Systemen die Erbfolge-Ordnung dieselbe gewesen, so daß alle Verschiedenheit sich nur auf die Form und die Wirkungen des Erwerbes bezogen hätte, so würde es am natürlichsten scheinen, daß etwa jeder zur Erbfolge Berufene die Wahl gehabt habe, ob er heres oder bonorum possessor werden wollte, allein auch die Bedingungen der Möglichkeit des Erwerbes, d. h. die Erbfolge-Ordnung, war in Beiden ganz verschieden, so daß in Bezug auf denselben Nachlaß Cajus zur hereditas und Sejus zur bonorum possessio berufen seyn konnte, wodurch denn ein wirklicher Conflict beider Systeme nothwendig entstehen mußte. Bei dieser Collision gilt nun als durchgreifendes Princip Folgendes. Die Erbfolge-Ordnung des Edictes genießt stets den Vorzug vor der des Civilrechts; ist aber der vom Prätor zur Succession Berufene eben derselbe, welchem auch die hereditas deferirt worden, so steht es zu seiner freien Wahl, ob er nun die Erbschaft nach Civilrecht, oder nach prätorischem Rechte erwerben will; wogegen der allein durch das Edict Berufene sich auch immer der prätorischen Form, der agnitio, sive petitio bonorum possessionis, und zwar binnen einer gewissen Frist, bedienen muß, widrigenfalls er seinen Anspruch verliert. Hat der zur hereditas und zugleich auch zur bonorum possessio zunächst Berufene die letztgedachte Form des Erwerbes verschmähet oder versäumt, so kann zwar der in der Erbfolge-Ordnung des Edictes auf ihn Folgende jetzt die B. P. erbitten; allein seine B. P. ist sine re, sobald jener zuerst Berufene die Erbschaft nach Civilrecht erworben hat, oder noch erwirbt; denn Diesem muß jetzt der ganze Nachlaß auf sein Verlangen hingegeben werden. — Also in Bezug auf die Erbfolge-Ordnung geht das prätorische, in Bezug auf die Wirkungen des Erwerbes das civilrechtliche Erbrechts-System, jedes dem andern vor.

Ich erlaube mir, das Gesagte mit den eignen Worten meines hochverehrten Lehrers, welche in § 23 der gedachten Dissertation das ganze Resultat kurz zusammenfassen, hier zu belegen.

„Ordo, quem praetor in B. possessionibus sequitur, „omni hereditario juri tanquam fundamentum subji-„ciendus est, adeo quidem, ut nemo rem habere pos-„sit, cui petenti B. P. denegaretur, ita tamen, ut si „exitum spectes capiendae hereditatis, ii heredes, quos „ipsum jus civile jam fecerat, B. possessionem suo „loco ordineque agnovisse nunquam non praesumeren-„tur, quoties vel cernendo, vel adeundo, vel pro he-„rede gerendo, vel tandem se non abstinendo, heredi-„tatem delatam actu acquisiverint."

Obgleich diese Regeln sich nirgends in unsern Rechtsquellen ausdrücklich so ausgesprochen finden, so konnte man doch vor Entdeckung der Institutionen des Gajus kaum an ihrer Richtigkeit zweifeln; denn in der Anwendung auf die einzelnen Fälle bewährten sie sich fast immer, und einzelne Ausnahmen, wenn hin und wieder von der Erbfolge-Ordnung des Edicts abgewichen ward, ließen sich sehr wohl erklären und mit dem Principe im ganzen in Uebereinstimmung bringen. So namentlich, wenn ein Testament, aus welchem die secundum tabulas bonorum possessio rechtsgültig erworben war, durch die querela inofficiosi umgestoßen wurde, oder wenn ein sub conditione institutus diese B. P. erhalten hatte, und nachher die Bedingung deficirte. In beiden Fällen verlor der bonorum possessor die Erbschaft an einen im Edicte erst nach ihm Berufenen; aber er verlor sie nicht bloß, wenn sein Gegner heres war, sondern auch, wenn dieser lediglich auf die B. P., und zwar in einer späteren Ordnung, Anspruch hatte. Man kann

also eigentlich gar nicht einmal behaupten, daß hier die Erbfolge-Ordnung des Civilrechts den Vorrang vor der des Edictes erhalten habe; vielmehr der Prätor selbst corrigirte in diesen Fällen sein Erbfolge-System.

Allein durch die Auffindung des Gajus ist dieses ganze Princip, welches mit Recht den Namen des Hugo'schen führt, in seiner Grundfeste erschüttert; denn wir sind jetzt belehrt, daß bis kurz vor Gajus beständig, und auch zu seiner und Ulpian's Zeit noch in sehr vielen und wichtigen Fällen, eine Ordnung der B. P., nämlich die secundum tabulas testamenti, lediglich ein rein provisorisches Recht gewährte, welches dem Rechte aus der deferirten und gültig erworbenen hereditas durchaus nachstehen mußte, daß folglich ein vom Edicte in späterer Ordnung berufener heres dem bonorum possessor secundum tabulas die Erbschaft jederzeit abvindiciren und ihn zum bonorum possessor sine re machen konnte. Also in der ganzen älteren Zeit, namentlich bis auf Hadrian, hatte die Erbfolge-Ordnung des Civilrechts unbestritten den Vorrang vor der successio secundum tabulas aus dem Edicte; und die rein prätorische Erbfolge aus einem Testamente konnte nur dann eine bleibende Wirkung haben, wenn ein jure civili heres überall nicht vorhanden war.

Diese Bestimmung des ältern Rechts steht nun zu den oben vorgetragenen Regeln in einem so grellen und schneidenden Widerspruche, daß sie nicht nur nicht aus denselben erklärt werden kann, sondern sich auch gar nicht einmal, — selbst nicht als Ausnahme, — irgend mit ihnen zusammenreimen läßt. Nach meiner Ueberzeugung wenigstens ist das Hugo'sche Princip über das Verhältniß der B. P. zur hereditas jetzt überall nicht weiter zu halten, und es bleibt

uns nichts übrig, als ein Anderes aufzusuchen und jenem zu substituiren.

Was uns noch mehr zu diesem Ausspruche berechtigen mag, ist der Umstand, daß Hugo's Lehre bedeutende Schwierigkeiten, welche schon vor ihm erkannt waren, ebenfalls nicht ganz zu heben im Stande ist.

Es drängen sich nämlich unabweisbar die Fragen auf: Welches praktische Bedürfniß veranlaßte den Prätor, neben dem gesetzlich bestehenden Erbrechte ein anderes Abweichendes einzuführen, und jenes dadurch theilweise zu untergraben? Wodurch konnte er zu dieser eigentlich legislatorischen Thätigkeit ermächtigt seyn? Woher endlich entnahm er die Rechtsform, in welche er sein System hinein bauete, oder mit andern Worten: an welches andere uns historisch bekannte Institut knüpft sich die Einführung der B. P. an?

Auf die erste Frage ist schon früher geantwortet worden, der Prätor habe die Billigkeit mit dem strengen Rechte ausgleichen wollen; und diese Absicht zeige sich darin, daß er den emancipirten Kindern gleiches Recht mit den Sui gegeben. Eine solche Ausgleichung sey aber um so nothwendiger geworden, je häufiger nach und nach die Emancipationen im Leben vorgekommen wären. Ferner sey es billig, daß der letzte Wille eines Verstorbenen erfüllt werde, wenn gleich diese Willenserklärung auch nicht unter Beobachtung aller für die Testaments-Errichtung vorgeschriebenen Solennitäten geschehen wäre; und eben so endlich spreche die Billigkeit dafür, daß in Ermangelung eines gesetzlichen Erben der Nachlaß des Verstorbenen den nächsten Blutsverwandten, oder, wenn solche nicht vorhanden, dem überlebenden Ehegatten zugetheilt werde.

Man kann alles dieses im allgemeinen zugeben; allein es wird hiedurch noch keineswegs erklärt, weshalb denn eben ein ganz neues System des Erbrechts eingeführt werden mußte, da es doch weit natürlicher und einfacher scheint, wenn solche von der Billigkeit gebotene Abänderungen und Modificationen des Civilrechts dem Letzteren selber angepaßt und mit ihm zu Einem Systeme verschmolzen wären; und an Mitteln, dieses zu bewirken, konnte es weder dem Prätor, noch den Juristen fehlen. Ueberdies aber ist durchaus nicht abzusehen, welche Billigkeit darin liegen solle, daß dem durch einen weniger förmlichen letzten Willen Berufenen vorläufig die Erbschaft gegeben, hinterher aber doch wieder genommen und dem Civil-Erben zugesprochen wurde.

In Beantwortung der zweiten Frage sagen ältere Juristen, und namentlich Heineccius, der Prätor habe seine Aenderungen des Erbrechts auf einem Schleichwege durchgesetzt, ja das ganze Volk absichtlich betrogen und eben dadurch getäuscht, daß er die von ihm berufenen Erben nicht heredes, sondern bonorum possessores genannt habe. Das Aberwitzige dieser Ansicht hat Hugo zur Genüge dargethan; aber wenn er dagegen behauptet, der Prätor habe wirklich die Befugniß gehabt, durch sein Edict das Civilrecht nicht allein zu ergänzen, — was allerdings nach seiner trefflichen Ausführung wohl Niemand weiter bezweifeln wird, — sondern auch nach Gutdünken abzuändern und umzustoßen, so dürfen wir ihm solches schwerlich auf's Wort glauben; besonders da wir sehen, wie Cicero es dem Verres grade zum Verbrechen macht, daß er gegen das Civilrecht edicirt habe. In der neuesten Zeit wird deshalb die Sache meistens etwas anders aufgefaßt. Man sagt [1]), die Rücksicht

[1]) Schon bei Bach in seiner historia juris, *lib.* 2, *cap.* 2, *sect.* 3, § 12. finden wir diese Ansicht ausgesprochen.

auf Billigkeit hatte bei außergerichtlichen Nachlaßregulirungen einzelne bestimmte Abweichungen vom strengen Rechte so herkömmlich gemacht, daß diese in der That als Gewohnheitsrecht betrachtet werden konnten; der Prätor nun, indem er diese Abweichungen in sein Edict aufnahm, that weiter nichts, als daß er dies ungeschriebene aber schon im Leben geltende Recht förmlich sanctionirte, um ihm dadurch auch bei gerichtlicher Beurtheilung der Erbschaftsstreitigkeiten die gebührende Anerkennung zu verschaffen.

Auch diese Ansicht dürfte nicht ganz befriedigen. Wenn ich auch zugeben wollte, daß der Suus häufig dem emancipirten Bruder eine Theilnahme an der väterlichen Erbschaft aus gutem Willen zugestanden haben möge, so läßt sich doch bei dem eben nicht sehr liberalen Volks-Character der Römer kaum erwarten, daß regelmäßig auch die gültig instituirten Testaments-Erben zu Gunsten eines Emancipatus praeteritus auf ihr Erbrecht verzichtet haben werden. Ein Gewohnheitsrecht aber gar, welches dem in einem nach Civilrecht ungültigem Testamente eingesetzten Erben jedesmal den Nachlaß erst vorläufig hingegeben, nachher jedoch wieder entrissen hätte, kann nur gradezu als ein Unding bezeichnet werden.

Was endlich den dritten Punkt betrifft, nämlich den Ursprung der B. P. als einer besondern, von der hereditas getrennten Rechtsform, und ihr Hervorgehen aus einem andern früheren Institute, oder doch ihre Anknüpfung an ein solches, so wirft Hugo [2]) als Hypothese hin; die B. P. möge ursprünglich die Form gewesen seyn, unter welcher den Fremden in Rom vom Prätor peregrinus eine Art Erbrecht

[2]) In seiner Inaugural-Dissertation steht freilich hievon nichts, wohl aber in seiner Rechtsgeschichte. Vgl. Eilfte Ausgabe, pag. 238, Z. 9 bis 16. (§ „Person Desjenigen, in dessen Vermögen man eintritt".)

zugestanden wäre, so daß also die rechtlichen Bestimmungen über die B. P. erst aus dem Edicte des praetor peregrinus in das des praetor urbanus übergegangen seyn müßten.

Diese Vermuthung, abgesehen davon, daß sie durch Zeugnisse unserer Rechtsquellen überall nicht unterstützt wird, entbehrt besonders deshalb der Wahrscheinlichkeit, weil sich die Abweichungen der prätorischen Erbfolge-Ordnung von der civilrechtlichen vorzugsweise auf Rechtsverhältnisse beziehen, die dem jus civile in seiner eigentlichsten Bedeutung angehören, nemlich auf patria potestas und emancipatio. Die Gleichstellung des Emancipatus mit dem Suus, welche das Wesen der Ordnungen contra tabulas und unde liberi ausmacht, während den Kindern in Betreff des Nachlasses ihrer Mutter nur in der Ordnung unde cognati hinter dem entferntesten Agnaten die B. P. angeboten wird, konnte für ein auf jus gentium basirtes Peregrinen-Recht gar keine Bedeutung haben. Eben so verhält es sich mit den Grundsätzen über Präterition im Gegensatze gegen Exheredation; und endlich ist die B. P. secundum tabulas, wie wir sie aus Gajus kennen, ein nach den bisherigen Begriffen von dem Wesen der B. P. so sonderbares und unerklärliches Ding, daß wir sie unmöglich als ein Institut des jus gentium ansehen dürfen.

Grade im directen Gegensatze mit Hugo, welcher die Entstehung der B. P. an die Erbrechtsverhältnisse der Peregrinen, also der, strenge genommen, eigentlich rechtslosen Classe von Rom's Einwohnern anknüpfen will, führt sie der große Erforscher der ältern Römischen Geschichte ganz neuerdings auf ein Standesrecht der privilegirtesten Classe der Römischen Bürger zurück, auf die alte Befugniß der Patricier, Theile des ager publicus gegen Erlegung des Zehnten zu besitzen. In der zweiten Ausgabe seiner Römischen

Geschichte behauptet nämlich Niebuhr, die B. P. sey ursprünglich nichts anderes gewesen als die Form, unter welcher eine Succession der vornehmen Römer in jene possessiones statt gefunden habe. Je gewichtiger Name und Ansehen dieses Mannes sind, dem wir so manche Aufklärungen über das alte Römische Recht, ja den Gajus selbst, verdanken; desto dringender scheint es mir, dieser Behauptung, welche auf den ersten Blick so viel Bestechendes hat, bestimmt entgegen zu treten.

Niebuhr's Worte sind folgende.

(Röm. Geschichte. Bd. 2, pag. 173, ff.) „Eine geringe Vergegenwärtigung der Verhältnisse genügt, um zu „überzeugen, daß eine Erbschaft nur Eigenthum befassen, „daß namentlich ein Testament durch Mancipation den Besitz „niemals enthalten und übertragen konnte. Ohne Hülfe „des Staats wäre er bei jedem Todesfall erledigt gewesen, „und hätte dem ersten, der sich seiner bemächtigen wollte, „offen gestanden: aber dieselbe höchste Gewalt, welche ihn „ursprünglich verliehen hatte, gegen Beeinträchtigung schirmte, „verlieh ihn dem Erben, der dann ihren Schirm gleich seinem Vorgänger anrufen konnte. Der Prätor gab die Possession des Grundstücks dem, der es, wenn es Eigenthum „gewesen wäre, nach Landrecht, oder dem lezten Willen des „Verstorbnen, als Erbe angesprochen haben würde: weil „aber der Staat über sein Eigenthum frei verfügen konnte, „so war auch die Obrigkeit nicht nur durch die Regeln des „gesezlichen Erbrechts nicht streng gebunden, sondern sie konnte „auch von den leztwilligen Verfügungen abweichen, die über „diese Gegenstände nur als Wunsch galten. Billigkeit und „Verständigkeit durften sie bestimmen; also jeden Prätor wie „er sie erkannte; und einer konnte hierüber ganz anders „verordnen als seine Vorgänger.

„Eine Magistratur, die es sich hätte anmaßen dürfen „ein Erbrecht einzuführen, wodurch das gesezlich bestehende „untergraben werden sollte *), ist eine Monstrosität, welche „kein verständiger Mann, sobald er sich die Sache verwürk„licht denkt, für möglich halten kann. Wenn aber über die „Nuzung des Eigenthums der Republik, welches ganz ausser„halb der Gesezgebung lag, ein System sich festgestellt hatte, „und diese Nuzung einen so großen Theil alles Vermögens „ausmachte, wie es zwischen dem hannibalischen Krieg und „dem sempronischen Gesez der Fall war: wenn das Eigen„thum in den zugewandten Ländern und Provinzen, welches „auch nicht unter das Erbrecht der XII Tafeln gehörte, „derselben gleich gestellt ward; — so bildete sich durch Ge„wohnheit ein Erbrecht, dessen allmähliche Ausbreitung zum „Nachtheil des gesezlichen gar nicht mehr befremden kann. „Es mögen äusserst wenige Verlassenschaften, über das Maaß „der Dürftigkeit, eröffnet seyn, wo das Erbrecht genügt hätte, „das Eintreten des Prätors entbehrlich gewesen wäre.

„Daß die Bonorum Possessio im Recht der Kaiserzeit „eine andre Gestalt und Wesen hat, weiß allerdings jeder„mann: aber dergleichen Veränderungen sind dem bürgerli„chen Recht der Römer eben so gewöhnlich wie ihrem Staats„recht, oder den Rechten der neueren Völker. Es hing gleich „diesen von der Gewalt der innern Umbildungen ab; ja es „war eben so wenig gegen den Einfluß von Mißverständ„nissen gesichert, welche arge Ungerechtigkeiten förderten."

(Bd. 3, pag. 37, f.) „Ferner war es für die Patricier „äusserst angelegen, daß das Billigkeitsgericht über den Besiz „auf dem Gemeinlande, und die Quelle seiner Uebertragung

*) „Diese ganz unverständige Meinung trägt, um nur einen sonst „sehr ehrenwerthen Gelehrten zu nennen, Heineccius so vor, als ob „die Sache ganz klar wäre, und gar nichts anstößiges in sich hätte." (Anmerkung Niebuhr's.)

„in den Händen eines Magistrats aus ihrer Mitte bliebe, „welcher die Verlezungen des licinischen Gesezes der Ent= „deckung entziehen könne. Unter den Gründen, die auch zur „Beschönigung dieses Anspruchs gesucht seyn werden, konnte „ein ziemlich scheinbarer daher genommen werden, daß die „Bewahrung dieses Besizes das vornehmste Geschäft der „Prätur und der erste Stand dabei noch lange ganz über= „wiegend interessirt seyn werde."

Dieser Deduction liegen nun folgende Irrthümer zum Grunde.

1) Zuvörderst ist es unrichtig, daß eine Erbschaft (hereditas) nur Eigenthum befassen kann. Die hereditas ist eine successio in omne jus quod defunctus habuit, nicht in singulas res. [3]) Zu diesem omne jus gehört nicht nur das quiritarische Eigenthum, sondern auch das in bonis, alle transmissible Obligationen, activ und passiv, die bonae fidei possessio, (denn der Erbe sezt ja die Usucapion des Erblassers fort,) und selbst der Interdicten=Besitz, ja sogar die simple Detention, welche der defunctus gehabt hatte. [4]) Hinsichtlich aller dieser Gegenstände tritt der Erbe in das Rechtsverhältniß des Verstorbenen ein. Diesen Eintritt in Bezug auf Besitz und Detention, d. h. die Befugniß, den Besitz und die Detention des Erblassers fortzusetzen, darf man aber nicht mit dem factischen Erwerbe des Besitzes selbst verwechseln. Die possessio freilich, sogar der Sachen,

[3]) *Fr.* 24. *de V. S.* (Gajus.) Nihil est aliud hereditas quam successio in universum jus, quod defunctus habuit. Wörtlich daſ- selbe sagt Julian in *Fr.* 62. *de R. J.* Ferner: *Fr.* 37. *de acquir. l. omitt. her.* (Pomponius.) Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit: cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

[4]) Es wäre wohl höchst sonderbar, wenn der Erbe nicht die detentio rei defuncto commodatae, locatae vel apud eum depositae u. s. w. verlangen könnte, da er ja den actiones commodati, locati, depositi etc. unterworfen ist.

welche im quiritarischen Eigenthum des Verstorbenen waren, geht niemals durch die bloße Erbschaftsantretung auf den Erben über, sondern dieser erwirbt sie erst durch eigne Ergreifung, (occupatio,) selbst wenn er als suus heres die Erbschaft ipso jure acquirirt hat; [5]) indessen ist der heres, als Repräsentant des defunctus nicht nur allein und ausschließend befugt, sich der von jenem besessenen oder detinirten Sachen zu bemächtigen, sondern auch, wenn ihm ein Anderer zuvorgekommen ist und solche occupirt hat, kann er gegen diesen die hereditatis petitio anstellen, die dann eben darauf gerichtet wird, daß der Beklagte ihm jene Sachen in seinen Besitz oder seine Detention überantworten solle. [6])

Zu dem Interdicten-Besitz des Testators gehörten aber unbestritten auch seine possessiones, sein Antheil am ager publicus; und so läßt sich gar kein Grund denken, warum diese von der Universal-Succession, von der hereditas, sollten ausgenommen gewesen seyn; ja nach den ausdrücklichen Worten der eben angeführten Stellen konnte der heres sich den Besitz derselben durch Anstellung der civilrechtlichen hereditatis petitio verschaffen.

[5]) *Fr.* 23, *pr. de acquir. l. amitt. poss.* (Javolenus.) Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. — Mit andern Worten: Der Erbe hat das Recht ganz eben so zu besitzen, wie der Erblasser besessen hat; allein den Besitz selber muß er in eigner Person erwerben.

[6]) *Fr.* 13, § 11. und *Fr.* 19. *de H. P.* — etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emtore possedit, hereditatis petitione teneri constat, ... etiam earum rerum nomine, quas pro herede vel pro possessore defunctus possedit. — Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datae defuncto, vel commodatae, depositaeve .... hereditatis petitione contineantur: sicut illae, quarum nomine Publiciana competit .... Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor (*scil.* testator) retentionem habuit, non etiam petitionem.

2) Die Mancipation bei dem Testamente per aes et libram begreift und überträgt ebenfalls den ganzen Nachlaß als eine universitas juris, nicht bloß die einzelnen dem Testator ex jure Quiritium gehörenden res mancipi. Wäre es anders, so müßten ja außer den possessiones auch alle Obligationen, das in bonis, ja sogar die im quiritarischen Eigenthum des Erblassers befindlichen res nec mancipi von der testamentarischen Succession ausgenommen gewesen seyn, was aber wohl Niemand im Ernste glauben wird. Selbst wenn der Testator neben der Universal-Succession eine successio in singulas res durch Aussetzung von Legaten anordnete, so lehrt uns Gajus [7]), daß ein legatum per vindicationem zwar nur hinsichtlich solcher Gegenstände gültig war, die dem Erblasser ex jure Quiritium gehört hatten, daß aber auch hiebei der Unterschied von res mancipi und res nec mancipi gar nicht in Betracht kam.

Somit ist der Niebuhr'schen Deduction ihre ganze Basis entzogen. Der Erbe bedurfte gar keiner besondern Hülfe des Staats, um in die possessiones seines Erblassers zu succediren; denn so lange der Staat nicht den ager publicus wieder zurücknahm, was der Erbe sich freilich eben so gut, als der Testator, gefallen lassen mußte, war er ausschließlich befugt, den Besitz derselben zu ergreifen; und wenn ein Anderer ihm zuvor gekommen war, und sie occupirt hatte, so konnte er zwar kein possessorisches Interdict gegen diesen gebrauchen [8]), weil er selber ja noch gar keinen Besitz

7) (*Inst.* 2, § 196. Tales autem solae res per uindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt. sed eas quidem, quae pondere, numero, mensura constant, (also *res nec mancipi,*) placuit sufficere si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, ueluti uinum, oleum, frumentum, pecunia numerata, etc.

8) Daß er hier die possessorischen Interdicte nicht hat, ist aber nicht etwas für die possessiones besonders oder allein Geltendes. Auch

gehabt hatte, und der Besitz seines Gegners kein vitiöser war; aber die hereditatis petitio half ihm hier, und gab ihm denselben Schutz, den die Interdicte seinem Erblasser irgend hätten gewähren können. Folglich fehlte es dem Prätor wenigstens an aller äußeren Veranlassung, für die possessiones eine andere Successionsordnung einzuführen, als das jus civile überhaupt festgesetzt hatte.

Die Niebuhr'sche Hypothese steht demnach völlig ohne Beweis da; aber auch an Gründen, welche direct gegen ihre Richtigkeit sprechen, wird es uns nicht fehlen.

Einmal nemlich scheint der Name bonorum possessio selber schon gar nicht zu der ihr von Niebuhr angewiesenen Bestimmung zu passen. Bona heißen die gesammten Güter, das ganze Vermögen eines Menschen, und in speciellerem Gebrauche, seine Verlassenschaft; [9]) und so müßten wir bonorum possessio durch „Besitz des Nachlasses" übersetzen; ja daß wir hier auf dem richtigen Wege sind, beweiset grade die ältere bei Cicero häufig, aber auch noch bei Ulpian [10]) vorkommende Form: hereditatis possessio.

gegen den, welcher einen dem Erblasser ex jure Quiritium gehörig gewesenen und von ihm bis an sein Lebensende besessenen fundus occupirt hatte, bevor der Erbe sich in dessen Besitz gesetzt, stehen dem Letzteren die possessorischen Interdicte nicht zu; denn der Occupant hat keinen Besitz weder des Erben noch des Erblassers verletzt, und eine hereditas nondum ab herede possessa, obgleich sie sonst vice testatoris fungirt, kann doch nicht sich selbst besitzen. Sogar in diesem Falle muß die hereditatis petitio zur Hand genommen werden. (Vgl. meine Abhandlung über die H. P., im Rhein. Museum f. Jurispr. Bd. 4, pag. 165—167.)

[9]) *Fr.* 208. *de V. S.* (Africanus.) Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis, et non singulares res demonstrat. cf. *Fr.* 49. *eod.* Auch in den Titelworten: de bonis libertorum oder Latinorum etc. ist mit *bona* gradezu die Verlassenschaft bezeichnet. cf. Gaji *Inst.* 3, § 56—62 u. ff. Wenn hier immer die hereditas civis Romani liberti und die bona Latinorum einander entgegen gesetzt werden, so geschieht dies eben, weil diese bona, die Verlassenschaft des Latinus Junianus, nicht jure hereditatis, sondern jure peculii dem Patrone zufallen.

[10]) *Fr.* 3, § 1. *de B. P.* Hereditatis autem bonorumve possessio. Vielleicht sind dies grade des hier von Ulpian angeführten Labeo Worte.

Ein Institut, wie Niebuhr es sich denkt, müßte etwa successio in possessiones genannt worden seyn, so daß die possessiones als Object und zwar eines Successionsrechtes erschienen; wogegen in dem juristischen Ausdrucke bonorum possessio das letztere Wort eben das Recht selbst, — aber freilich kein Successions- sondern ein Besitz-Recht, — und das Wort *bonorum* das Object desselben, den ganzen Nachlaß eines Verstorbenen bezeichnet. Folglich können, schon der Wortverbindung nach, jene possessiones nicht als der ursprüngliche Gegenstand der B. P. gedacht werden.

Sodann würde nach Niebuhr's Ansicht die B. P. ursprünglich eine successio in singulas res gewesen seyn, sie hätte neben der Universal-Succession bestanden, und sich zu ihr etwa so verhalten, wie bei uns die Majorats- oder die Lehn-Erbfolge zur Allodial-Erbfolge. So weit wir aber die B.P. kennen, hat sie von jeher eine universelle Repräsentation des Verstorbenen begründet, und in dieser Beziehung ist sie der hereditas durchaus analog. Also in einer sehr frühen Zeit, wohin keine unserer Rechtsquellen hinaufreicht, müßte nach Niebuhr jene Singular-Succession sich nach und nach durch Gewohnheit in eine Universal-Succession umgestaltet haben, wonächst sie dann so viel Beifall gefunden und ein solches Ansehn erlangt hätte, daß sie zuletzt das System der civilrechtlichen Erbfolge zu untergraben und sich der hereditas voranzustellen vermochte. Ist ein solcher Hergang, eine solche Umgestaltung wohl im mindesten glaublich, besonders da wir bei keinem der Alten auch nur die leiseste Spur einer Andeutung hiervon finden? [11])

[11]) Etwas entfernt Aehnliches hat freilich das SCum Trebellianum in Bezug auf das fideicommissum hereditatis bewerkstelligt; aber diese Aehnlichkeit reicht doch nur grade so weit, um die Contraste noch greller hervortreten zu lassen.

Endlich kommt auch hier wieder die befremdende Gestalt der bonorum possessio secundum tabulas vor Hadrian und Marc. Aurel in Betracht. Wie läßt sich irgend erklären, daß der Prätor, wenn er die possessiones des Verstorbenen dem in einem, obwohl nach Civilrecht nicht gültigen Testamente ernannten Erben einmal von Staatswegen zugesprochen hatte, daß er dann hinterher doch dem jure civili heres durch Verleihung der hereditatis petitio beigestanden hätte, damit dieser eben jenen ager publicus, der dem bonorum possessor secundum tabulas bereits von Staatswegen zugetheilt war, nun zuletzt doch wieder an sich bringe.

Es muß demnach auch Niebuhr's Hypothese wohl gänzlich verworfen werden, und so bleiben denn alle vorhin aufgeworfenen Fragen ohne eine befriedigende Antwort. Ich glaube aber noch weiter gehen und behaupten zu dürfen, daß, so lange man die bisherige Ansicht festhält, wonach die B. P. schon ihrer ursprünglichen und eigentlichen Bedeutung gemäß eine besondere Art der Universal-Succession, und namentlich ein von der hereditas getrenntes Erbrechts-System gewesen seyn soll, eine befriedigende Lösung jener anscheinenden Räthsel überall nicht möglich ist. [12])

Wenn ich es nun unternehme, ein neues Princip für das Wesen der B. P. und für ihr Verhältniß zur hereditas aufzustellen, so mag dies sehr gewagt erscheinen; ich glaube

[12]) v. Löhr ist wohl der Erste, der diese bisherige Ansicht fallen läßt. Vgl. Entstehung der B. P. im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Bd. 3. (1820) pag. 250 ff. Wenn derselbe aber die B. P. sich aus einer missio in possessionem entwickeln läßt, die der Prätor zuerst lediglich dem Civil-Erben versprochen habe, um diesen bei der Besitz-Ergreifung des Nachlasses zu begünstigen, so möchte er die Wahrheit doch nicht ganz getroffen haben.

Wollte man mir übrigens den Einwurf machen, in *Fr.* 138. *de V. S.* sey ausdrücklich gesagt: Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur; so erwiedere ich, einmal, daß ich von der B. P. hier nur in ihrer ursprünglichen Bedeutung rede, und im Folgenden eben gezeigt werden soll, wie dieselbe nach und nach für die Mehrzahl der Fälle ein wirkliches Analogon der hereditas werden

aber durch die bisherige Entwickelung gezeigt zu haben, daß ich wenigstens die Schwierigkeit der Aufgabe nicht verkannte, und jedenfalls werden die oben bezeichneten Fragen als ein Probierstein für die Richtigkeit meiner Ansichten gelten können. Vermag ich jene Probleme zu lösen, so wird mein Wurf vielleicht als ein glücklicher angesehen werden können; sollte mir die Lösung aber nicht gelungen seyn, so ist es wenigstens nicht schimpflich, da zu irren, wo auch ein Hugo und ein Niebuhr nicht ganz in's Klare gekommen sind.

II. Ursprung der bonorum possessio.

B. P. litis ordinandae gratia data.

Bei Entwickelung meiner Ansichten gehe ich von der eigentlichen Wortbedeutung des Namens bonorum possessio aus. Wie ich schon oben nachwies, heißt bonorum possessio, oder in der ältern Form hereditatis possessio, nichts anderes als Besitz eines Nachlasses, Besitz einer als universitas juris gedachten hereditas. Hereditas ist das Recht einen Verstorbenen in allen seinen transmissiblen Rechtsverhältnissen juristisch zu repräsentiren, und zugleich von allen zu seinem Nachlasse auf irgend eine Art gehörigen Sachen (corpora) Besitz zu ergreifen; [13]) hereditatis possessio ist

mußte, sodann aber, daß jenes Fragment ursprünglich auch gar nicht den allgemeinen Sinn hatte, welchen ihm die Stellung in unserm C. J. Civ. giebt. Schon die Inscription: Paulus libro IV. ad Legem Juliam et Papiam, zeigt, daß der Jurist hier in Bezug auf Caducität sprach, und wohl nichts weiter sagen wollte, als: es sey einerlei, ob der incapax zur hereditas oder zur B. P. berufen wäre, obgleich das Gesetz vielleicht nur die Erstere genannt haben mochte.

[13]) Diese Besitzergreifung gehört nicht mit zur Repräsentation des Erblassers; vielmehr steht sie im Gegensatze mit ihr, und würde, wenn die Letztere in größter Strenge und Vollständigkeit durchgeführt wäre, sogar wegfallen können, oder wenigstens aller juristischen Bedeutung entbehren, wie denn auch wirklich aller Orten, wo die Regel gilt: „der Todte erbt den Lebendigen," „le mort saisit le vif," eine Occupation der corpora ad hereditatem pertinentia von Seiten des Erben,

das Factum oder die Ausübung einer solchen Repräsentation und Besitzergreifung; und hienach würde sich die B. P. zur hereditas ganz eben so verhalten, wie die possessio singulae rei zum dominium.

Aber, — wird man einwenden, — kann die hereditas als eine res incorporalis rechtlich Gegenstand der possessio seyn? — Nach den so consequent und fein ausgebildeten Rechtsbegriffen des classischen Zeitalters, wie v. Savigny sie uns entwickelt und dargelegt hat, gewiß nicht. Hier giebt es nur eine corporis possessio, und daneben kommt in Bezug auf die jura in re aliena eine quasi-possessio vor; auf die hereditas dürfte aber unzweifelhaft auch diese quasi-possessio nicht anzuwenden seyn, da die hereditas kein jus in re ist. Allein es ist erweislich, daß die ältere Römische Jurisprudenz zu dieser scharfen Auffassung des Begriffes der possessio noch nicht gelangt war, und allerdings auch an allen Rechten, oder res incorporales, welche eine civile in rem actio erzeugten, [14]) eine eigentliche possessio statuirten. Nur beiläufig brauche ich mich auf die libertatis possessio und die vindiciae secundum libertatem der zwölf Tafeln zu berufen; beiläufig auch nur auf die alte Usucapion der Servituten, welche durch die Lex Scribonia aufgehoben ist. Paulus nemlich in *Fr.* 14. *de Servv.* lehrt: Servituten könnten nicht usucapirt werden, weil sie res incorporales, und als solche unfähig seyen besessen zu werden. Da er selber uns aber in *Fr.* 4, § 29. *de usurp.* erzählt, daß sie in älterer Zeit auch durch Usucapion constituirt seyen, so ist der Rückschluß wohl unbedenklich, daß sie früherhin

als besonderer Act zum Zwecke der juristischen Besitzerwerbung, durchaus überflüßig und unnöthig ist. Vgl. die Note des D. Gothofredus, ad rubr. tit. D. de poss. her. pet. 5, 5. in seinen Ausgaben des C. J. Civ. Im Röm. Recht verhält es sich umgekehrt. *Fr.* 23, *pr. de acq. l. amitt. poss.*

[14]) Also bei den Obligationen nicht.

auch einer eigentlichen possessio fähig geachtet wären. Ich lasse dies; denn wir haben einen weit näheren und die hereditas gradezu treffenden Beweis durch Gajus erhalten, welcher in seinen Institutionen, 2, § 54. ausdrücklich sagt, daß in älterer Zeit die pro herede usucapio sich nicht auf die einzelnen Nachlaßstücke, sondern auf die hereditas selber, als eine res incorporalis, bezogen habe, und man also durch diese Usucapion wirklicher Erbe geworden sey.

„Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua „constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum „hereditariarum possessione uelut ipsae hereditates usu-„capi credebantur, scilicet anno. lex enim XII tabu-„larum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras „uero anno. ergo hereditas in ceteris rebus uidebatur „esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. „quamuis *(autem)* postea creditum sit, ipsas hereditates „usucapi non posse, tamen in omnibus rebus heredi-„tariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio „remansit."

Konnte demnach nun die hereditas als universitas juris Gegenstand der Usucapion seyn [15]), so muß sie nothwendig auch Object der possessio haben seyn können; und daß die älteren Römer sich dies wirklich auch so dachten, erhellt aus: *t. t. D. de H. P.*, indem das ganze Wesen der hereditatis petitio in der Vor-Hadrianischen Zeit sich durchaus auf die ältere Annahme einer wirklichen possessio der hereditas basirt, und man ohne Festhalten an diesem

[15]) So gingen auch die Sacra privata auf den Usucapirenden über; cf. Cicero, *de legibus*. 2, *cap*. 19. und noch Seneca *(de beneficiis*. 4, *cap*. 5.*)* macht sich über die neue Doctrin., daß eine hereditas nicht usucapirt werden dürfe, wacker lustig. — Jurisconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse: sed ea, quae in hereditate sunt: tanquam quidquam aliud sit hereditas quam ea, quae in hereditate sunt.

Begriffe das ältere Recht, besonders in Bezug auf die juris possessores, als Beklagte, gar nicht deutlich auffassen und verstehen kann. [16])

Mit der hier gegebenen Erklärung des Ausdruckes bonorum possessio stimmt nun auch vollkommen überein:

Fr. 3, § 1. *de B. P.* (Ulp.) Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non utique (*sic* Vulg., *quod praeferendum videtur.*

[16]) Als ich meinen Aufsatz über die hereditatis petitio schrieb, war ich auf dies Alles noch nicht verfallen, und deshalb enthält die Darstellung des ältern Rechts (Rhein. Museum f. Jurispr. Bd. 4, pag. 181 ff.) mannigfache Irrthümer. Ueber die juris possessores vgl. *Fr.* 9. 13, § *ult.* *Fr.* 16. 18. 19, § 3. *Fr.* 20, § 4 und 5. *Fr.* 34, § 1. *Fr.* 35. 36, *pr.* und *Fr.* 50, *pr. de H. P.* und *Fr.* 6, § 10. *de negotiis gestis.* Die Sache verhält sich so: Der heres ist allein befugt, von allen zur hereditas gehörigen Sachen, (corpora,) Besitz zu ergreifen, und daneben den Erblasser in allen Vermögensverhältnissen juristisch zu repräsentiren. (Siehe oben Note 8. u. 13.) Wer diese Befugnisse usurpirt, also entweder Nachlaßsachen occupirt, bevor der Erbe sie in Besitz genommen, oder in irgend welchen Rechtsverhältnissen sich die Repräsentation des Verstorbenen angemaßt hat, (z. B. auch nur, wenn er Schuldner des Defunctus war, und nun das Eintreten der confusio behauptet; Vgl. *Fr.* 13, § 15. mit *Fr.* 42. *de H. P.*) ist der hereditatis petitio unterworfen, und zwar im ersten Falle als corporis, im zweiten als juris possessor. Dieser juris possessor konnte auch schon vor Hadrian immer mit der H. P. belangt werden, und so hat denn das SCum Hadrianum über die H. P. eben nicht ganz neues Recht geschaffen, sondern nur das Bestehende, welches bis dahin der innern Haltung etwanig entbehrte, consequenter und zweckmäßiger ausgebildet. Eine besonders fühlbare Lücke des älteren Rechts, — abgesehen von dem Uebelstande der improba pro herede usucapio, — fand sich in dem Falle, wo jemand eine Nachlaßsache in Besitz genommen, nachher aber veräußert, und endlich das Kaufgeld sich hatte auszahlen lassen. Zuerst und bis zum Verkaufe war dieser ein corporis possessor gewesen, späterhin, so lange ihm die actio venditi zustand, juris possessor; jetzt aber eigentlich weder corporis, — denn das Kaufgeld war keine res hereditatis, — noch juris possessor, — denn die obligatio war durch Solution getilgt; und so war man in Verlegenheit, ob man gegen ihn die H. P. anstellen dürfe. Darum beschäftigt sich das SCum denn auch vorzugsweise mit diesem Falle. Uebrigens machten sich die etwanigen Mängel in der älteren Behandlung der H. P. hauptsächlich nur bei längerem Verzuge der Klageanstellung bemerklich; und namentlich mußte oft der Fiscus zu leiden kommen; Privatpersonen, die schon dem natürlichen Gange der Dinge nach besser auf ihre Erbrechte vigiliren können, und mit Anstellung der Klage nicht jahrelang werden gewartet haben, liefen weniger Gefahr. Auch ward schon durch die Einleitung des Processes sogleich vollständig für die Sicherheit des Klägers gesorgt.

Flor. uti;) rerum possessio accipienda est: est enim juris magis, quam corporis, possessio: denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.

Wir kommen jetzt auf die juristische Anwendung des aus der Wortbedeutung gewonnenen Begriffes.

Die älteste Form der Vindication, die per legis actionem Sacramento, war gewissermaßen ein judicium duplex; denn jeder der beiden Streitenden mußte behaupten, er sey Eigenthümer; und der Judex hatte nur darüber zu erkennen, wessen Behauptung die richtige sey, cujus sacramentum justum sit. Deshalb mochte es denn freilich für die Beweislast und die ganze Führung des Processes ziemlich gleichgültig seyn, wer den Besitz des streitigen Gegenstandes habe; denn jeder der Litiganten konnte sowohl als Kläger, wie als Beklagter angesehen werden. Dennoch war es gewiß aus factischen Gründen für jede Partei von großem Interesse sich während der Dauer des Processes im ruhigen Besitze zu befinden, und deshalb bestimmte der Prätor, nachdem Lis contestirt war, wer von Beiden bis zum Urtheil hin besitzen solle, — vindicias dabat secundum hunc, contra illum. Derjenige, welcher den Besitz erhielt, mußte seinem Gegner aber für den Werth des streitigen Gegenstandes und des mit dem interimistischen Besitze verbundenen Fruchtgenusses Sicherheit durch Bürgen bestellen, — praedes dare litis et vindiciarum. [17])

Die hereditatis petitio bei den Römern war nun nichts anderes als die Vindication in Anwendung auf die hereditas, also auf eine res incorporalis; auch für sie kommen

[17]) cf. Gaji *Inst.* 4, § 17. und 90—96. Dies vindicias dare kam eben so auch bei der Klage per sponsionem vor, wie weiter unten gezeigt werden wird.

alle drei Formen derselben, Sacramento, per sponsionem und per formulam petitoriam vor; und Gajus, wo er von der Vindication handelt, und verschiedene Gegenstände derselben namhaft macht, nennt die hereditas neben fundus und aedes. Folglich mußte auch hier der Prätor den Besitz bis zu ausgemachter Sache, (possessionem hereditatis sive bonorum,) einem der Streitenden verleihen.

So lehrt es Gajus denn auch ausdrücklich.

Gaji *Inst. lib.* 4, § 16. — postea Praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est, rei et fructuum: — § 17. Si qua res talis erat, ut *(non)* sine incommodo posset in ius adferri uel adduci, uelut si columna, aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur: deinde in eam partem, quasi in totam rem praesentem, fiebat uindicatio. itaque ex grege uel una ouis aut capra in ius adducebatur, uel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur. ex naue uero et columna aliqua pars defringebatur. similiter si de fundo, uel de aedibus, siue de hereditate controuersia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatnr, et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat uindicatio: uelut ex fundo gleba sumebatur, et ex aedibus tegula, et si de hereditate controuersia erat, aeque ..... [18])

Auch eine bekannte Stelle des Plinius bezeugt den unmittelbaren Zusammenhang der bonorum possessio mit der legis actio.

[18]) Hier bricht fol. 194 der Handschrift ab, und das folgende Blatt ist verloren gegangen.

Hist. natural. lib. 7, *cap.* 4. Masurius auctor est, L. Papirium praetorem, secundo herede lege agente, bonorum possessionem contra eum dedisse, [19]) cum mater partum se XIII. mensibus diceret tulisse.

Welche Principien wird nun der Prätor bei Ertheilung des Besitzes befolgt haben? — Was die specialis in rem actio, (Vindication einer res corporalis,) betrifft, so dürfen wir wohl kaum zweifeln, daß der Prätor derjenigen Partei auch während des Processes den Besitz ließ, welche ihn bisher sine vitio ab adversario gehabt hatte, kurz, daß er nach den Grundsätzen verfuhr, welche in späterer Zeit für die Interdicte uti possidetis und utrubi geltend waren. [20]) Eine Ausnahme mag er in dem Falle statuirt haben, wenn der Besitzer keine praedes litis et vindiciarum bestellen konnte oder wollte, und sein Gegner zu dieser Bestellung bereit war; wo jedoch, falls Beide keine Sicherheit bestellen konnten, also in pari causa waren, wieder der bisherige Besitzer den Vorzug behalten haben wird. [21])

Sollte der Prätor nun wohl nach denselben Grundsätzen verfahren seyn, wenn eine hereditas vindicirt ward? — Dieser Annahme stehen folgende Bedenken entgegen. Jeder Nachlaß eines Verstorbenen ist zuerst nothwendig in keines Menschen Besitz; selbst ein suus heres, der die Erbschaft

[19]) Grade dies contra eum dedisse ist charakteristisch, da auch bei dem vindicias dare fast immer die Wörter secundum und contra gebraucht werden. So auch späterhin B. P. secundum und contra tabulas testamenti.

[20]) Derselben Meinung ist auch Rudorff, (Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 9, pag. 51.) Nur sehe ich nicht ein, auf welche Weise er dies aus Cic. *in Verr.* 1, *cap.* 45 demonstriren will. Die von ihm angeführte Ausnahme bei dem liberale judicium versteht sich von selbst als richtig.

[21]) cf. Pauli *Sent. rec.* 1, *tit.* 11, § 1. welche Stelle weiter unten noch näher zu besprechen ist. Auf den Fall, wo wegen nicht bestellter praedes der Besitz dem Beklagten genommen wird, bezieht sich das neulich erst zur Kenntniß gekommene Interdict *Quem fundum.* Vgl. Rudorff, Ueber das Interdictum Quem fundum. in Ztschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 9, pag. 7 ff.

ipso jure im Augenblicke des Todes seines Erblassers erwirbt, wird nichts desto weniger doch nicht eher Besitzer der Verlassenschaft, als bis er diesen Besitz körperlich ergriffen hat; und jeder erste Besitz an Nachlaßsachen kann also nur durch Occupation entstehen. [22]) Wer nun auch zuerst zugreift, der wirkliche Erbe, oder ein Erbprätendent, oder ein ganz Fremder, ein *praedo*; der Besitz Aller ist an sich, als *possessio*, von gleichem juristischen Werthe; und selbst dem *praedo* kann ein *vitium possessionis* überall nicht vorgeworfen werden. Kam es nun zur Klage, und der Prätor hätte nach den bei der *specialis in rem actio* geltenden Regeln dem gegenwärtigen Besitzer die Vindicien ertheilen wollen, so würde hier lediglich die Prävention, der ganz zufällige Umstand, ob der eine oder der andere der Streitenden zuerst zugegriffen, haben entscheiden müssen; und wenn z. B. der *filius suus* beim Tode des Vaters verreiset war, und bis zu seiner Rückkehr ein Räuber sich des Nachlasses bemächtigt hatte, so würden dem Letzteren die Vindicien zu geben gewesen seyn. Noch mehr: es konnten Verschiedene zu gleicher Zeit Besitz ergriffen haben, Einer von einem Hause in Rom, ein Zweiter von einer Villa, wieder ein Anderer von einem entfernten *saltus*. [23]) Wem sollte hier der interimistische Besitz der *hereditas*, als eines Ganzen, gegeben werden, und wie endlich sollte es mit den Obligationen des Erblassers, activen und passiven, gehalten werden,

[22]) *Fr. 23, pr. de acquir l. amitt. poss.* Siehe oben Note 5.

[23]) Vgl. *Fr. 15. de except. rei judicatae.* (Gajus.) Si inter me et te controuersia de hereditate sit, et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego: nihil vetat, et me a te, et inuicem te a me hereditatem petere. Bei dem Verfahren per formulam petitoriam kam nemlich eine Ertheilung der Vindicien überall nicht vor, und so bleibt hier kein anderer Ausweg, als den Gajus angiebt, wo nicht etwa der eine oder andere Prätendent es vorzieht, sein Heil erst mit dem Interdicte Quorum bonorum zu versuchen, worüber unten ein Mehreres.

wer sollte in Beziehung auf sie das Recht und die Pflicht haben den Verstorbenen zu repräsentiren, da bei ihnen an ein eigentliches Besitzergreifen gar nicht gedacht werden kann?

Aus allen diesen Gründen wäre es also im höchsten Grade unzweckmäßig, ja sogar fast unthunlich gewesen, wenn der Prätor auch bei einer controversia de hereditate die Vindicien nach den bei der vindicatio singulae rei hergebrachten Grundsätzen hätte ertheilen wollen. Weit vernünftiger und consequenter war es, wenn er die Vindicien dem gab, der nach der ersten oberflächlichen Beurtheilung das beste Recht für sich zu haben schien. Es traten z. B. zwei Erbprätendenten vor das Tribunal, von denen der eine durch ein Testament berufen zu seyn behauptete, der andere aber die Gültigkeit des Testamentes bestritt, und ab intestato succediren wollte. Ob das Testament rechtsbeständig sey, ob etwa der Testator die verba nuncupationis nicht gehörig gesprochen, ob ein verstorbener filius suus, dessen im Testamente nicht gedacht worden, vor oder nach Errichtung des letzteren mit Tode abgegangen sey, u. dgl. m. — über alle diese Fragen konnte der Prätor nicht sogleich entscheiden, sondern die genauere Untersuchung und das Erkenntniß mußte dem Judex vorbehalten bleiben. Wenn aber das Testament äußerlich als in gültiger Form errichtet erschien, wenn sieben Siegel bekundeten, daß wenigstens sieben Personen, (fünf Zeugen, ein libripens und der familiae emtor,) bei der Solemnisation gegenwärtig gewesen seyen, so hatte der scriptus heres vorläufig die größere Wahrscheinlichkeit des Rechts auf seiner Seite, und so war es billig, daß der Prätor ihm die Vindicien gab. Umgekehrt; der seiner Behauptung nach letztwillig Berufene konnte das angebliche Testament nicht vorzeigen; es war etwa jetzt nicht sogleich aufzufinden; hier sprach die Billigkeit dafür, dem nach Intestaterbrecht zur

Succession Berechtigten den vorläufigen Besitz zu geben, wogegen es dem angeblichen Testamentserben unbenommen blieb, nachher vor dem Judex sein behauptetes Recht darzuthun.

Hatte der Prätor sich nun in dieser Weise Regeln für die Ertheilung der Vindicien im Processe über Erbrecht gebildet, so war es natürlich, daß er diese im Edicte bekannt machte. Hierin lag weder Anmaßung noch Willkür, vielmehr band er sich selber durch solche Bekanntmachung die Hände, und sicherte eben die Rechtsuchenden vor seiner Willkür. Er edicirte also: Wenn über Erbrechte gestritten wird, so will ich die Vindicien, (die bonorum sive hereditatis possessio,) zunächst dem ertheilen, der mir ein der äußern Form nach gültiges Testament des Erblassers, worin er zum Erben eingesetzt worden, vorzeigen wird; sobald aber kein Testament vorliegt, demjenigen, welcher nach Intestaterbrecht zur Succession berufen ist.

Ein solches Edict nun halte ich für den Ursprung unserer bonorum possessio; und aus solchem Anfange, glaube ich, hat sich das ganze Rechtsinstitut, wie wir es zur Zeit der classischen Juristen finden, nach und nach entwickelt. Daß diese meine Deduction aber nicht etwa auf müßiger Speculation beruhe, und zu den Hypothesen gezählt werden dürfe, sondern, daß bei den Römischen Juristen ganz dieselbe Ideenverbindung sich geltend gemacht habe, mag nun die älteste Hauptstelle, die uns über das Daseyn der B. P. und über die damalige Stufe ihrer Entwickelung aufbewahrt ist, beweisen. Ich meine das bekannte Stück aus Cicero's zweiter Rede gegen den Verres. (*lib.* 1, *cap.* 44 bis 46.) [24])

[24]) Ich gebe den Text nach der Ernesti'schen Recension.

Posteaquam [25]) jus praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus: si tabulae testamenti non proferrentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret: si is intestato mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur. Quare hoc sit aequissimum, facile est docere: sed in re tam usitata, satis est ostendere, omnes antea jus ita dixisse, et hoc vetus edictum translaticiumque esse. *cap.* 45. Cognoscite aliud [26]) hominis in re vetere edictum novum: et simul, dum est unde jus civile discatur, adolescentes ei in disciplinam tradite. mirum est hominis ingenium, mira prudentia. Minucius quidam mortuus est ante istum praetorem. ejus testamentum erat nullum. lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data. Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem: aut pro praede litis *(et)* vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, *(et)* ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, jure et majores nostri et nos semper usi sumus. Videte, ut hoc iste correxerit. Componit edictum iis verbis, ut quivis intelligere possit, unius hominis causa conscriptum esse. tantum quod hominem non nominat: causam quidem totam perscribit: jus, consuetudinem, aequitatem, edicta omnium negligit. *Ex edicto urbano:*

[25]) Hier müßte eigentlich das neue Capitel anfangen; denn dieser ganze Satz gehört nicht mehr zu dem vorhergegangenen, sondern zu dem folgenden Stücke der Anklage.

[26]) *aliud*, im Gegensatze gegen den in den vorigen Capiteln besprochenen Theil des Verrinischen Edicts über die Beobachtung der Lex Voconia. — *hominis*, verächtliche Bezeichnung des Verres.

„Si de hereditate ambigitur, si possessor „sponsionem non faciet." Jam quid id ad praetorem, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo quia possessor est, non moves possessione? si possessor non esset, non dares. nusquam enim scribis neque tu aliud quicquam edicto amplecteris, nisi eam causam, pro qua pecuniam acceperas. Jam hoc ridiculum est. „Si de „hereditate ambigetur et tabulae testamenti „obsignatae non minus multis signis, quam „e lege oporteat, ad me proferentur: secun„dum tabulas testamenti potissimum heredi„tatem dabo." Hoc translaticium est: sequi illud oportet: „si tabulae testamenti non proferen„tur." Quid ait? se ei daturum, qui se dicat heredem esse. Quid ergo interest, proferantur, necne? si protulerit: uno signo ut sit minus, quam ex lege oportet, non des possessionem: si omnino tabulas non proferet, dabis. Quid nunc dicam? neminem umquam postea alium edixisse? valde sit mirum, neminem fuisse, qui istius se similem dici vellet. Ipse in Siciliensi edicto hoc non habet; [27]) exegerat enim jam mercedem. Item ut illo edicto, de quo ante dixi, in Sicilia de hereditatum possessionibus dandis edixit idem, quod omnes Romae praeteristum. *Ex edicto Siciliensi:* „Si „de hereditate ambigitur." *cap.* 46. At per deos immortales, quid est, quod de hoc dici possit? Iterum enim jam quaero abs te, sicut modo in illo capite Anniano de mulierum hereditatibus, nunc in hoc de hereditatum possessionibus: cur ea capita in edic-

[27]) Nach Beendigung seiner praetura urbana kam Verres als Proprätor nach Sicilien.

tum provinciale transferre nolueris? Utrum digniores homines existimasti eos, qui habitabant in provincia, quam nos, qui aequo jure uteremur? An aliud Romae aequum est, aliud in Sicilia? Non enim hoc potest in loco dici, multa esse in provinciis aliter edicenda: non de hereditatum quidem possessionibus, non de mulierum hereditatibus. Nam utroque genere video non modo ceteros, sed te ipsum totidem verbis edixisse, quot verbis edici Romae solet. Quae Romae magna cum infamia pretio accepto edixeras, ea sola te, ne gratis in provincia male audires, ex edicto Siciliensi sustulisse video.

Es ist fast wunderbar, daß diese Stelle, die beinahe in allen neueren bedeutenden Untersuchungen über Theile des alten Actionenrechts, so wie fast in jeder Schrift über die B. P. angeführt ist, bisher gar nicht recht verstanden zu seyn scheint. *)

Zuerst erkennen wir hier die rein provisorische Bedeutung der bonorum possessio, als einer interimistischen Besitzregulirung, auf welche dann der Proceß (die hereditatis petitio) per legis actionem Sacramento oder per sponsionem folgte. Das: Si de hereditate ambigitur, dürfen wir also, nach der für *ambigere*, aus der Zusammensetzung von ambo und agere (gerichtlich verfahren,) sich ergebenden, ursprünglichen Wortbedeutung, ganz gradezu übersetzen: „Wenn Zwei über eine Erbschaft rechten."

Minucius war gestorben, ein Testament von ihm lag nicht vor, [28]) und ab intestato war die gens Minucia

*) Francke dürfte eine Ausnahme machen; jedoch behandelt er die Sache so kurz, daß man über seine Ansicht nicht ganz ins Klare kommt.

[28]) *ejus testamentum erat nullum*, kann heißen: sein Testament war nichtig, oder auch: es war gar kein Testament von ihm vor:

zur Erbfolge berufen. Gegen diese trat nun ein Dritter auf, und behauptete testamentarisch zum Erben eingesetzt zu seyn. Nach dem herkömmlichen Edicte, (edictum translaticium) sagt Cicero, hätte nun der gens Minucia der Besitz ertheilt werden müssen, und der angebliche Testamentserbe hätte danächst per legis actionem oder per sponsionem seine etwanigen Rechte geltend machen können. Also die Ertheilung der B. P. geschah zu Cicero's Zeit noch hauptsächlich [29]) litis ordinandae gratia, und salvo jure cujuscunque.

Nun wird erzählt, Verres habe zu Gunsten des angeblichen Testamentserben das alte Edict geändert und ein Neues gemacht, welches aber wegen zweier Bestimmungen für höchst verwerflich erklärt wird. Das Edict des Verres mag etwa so gelautet haben:

> Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet, tum, si tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oporteat, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo; si tabulae testamenti non proferentur, ei possessionem dabo, qui se dicet heredem esse.

Der letzte Satz war blos dazu erfunden, dem edicirenden Prätor selbst die größte Willkür vorzubehalten; denn wenn beide Streitende behaupteten Erben zu seyn, was wohl meistens der Fall gewesen seyn wird, und wenn ein Testament nicht vorlag, so konnte Verres die Vindicien

handen. Nach den Worten sind beide Auslegungen zuläßig, wenn anders zu Cicero's Zeit der juristische Ausdruck *testamentum nullum* schon gebräuchlich war, was wohl sehr dahin steht; (cf. Cic. *de oratore*. 1, *cap*. 38, § 173.) jedenfalls ist aber wegen des folgenden: testamento, quod tum non exstaret, die zweite Bedeutung vorzuziehen.

[29]) Dies: hauptsächlich, wird im dritten Abschnitte seine Rechtfertigung finden; lediglich, durfte ich nicht sagen.

geben, wem es ihm grade beliebte. Darum greift Cicero ihn auch dieserhalb eben am Schlusse der mitgetheilten Stelle so heftig an. Für unsern Zweck ist aber nur der erste Theil der Edicts-stelle: „si possessor sponsionem non faciet,“ besonders interessant. Der Sinn ist unstreitig dieser: „Nur „in dem Falle, wenn der gegenwärtige wirkliche Besitzer die „hereditatis petitio als Beklagter aufzunehmen, und dem „Gegner Sicherheit zu bestellen, nicht Willens oder nicht „im Stande ist, [30]) will ich die B. P. secundum tabulas „ertheilen; im entgegengesetzten Falle aber soll der jetzige „Besitzer die Vindicien erhalten.“ [31]) Verres hatte also hier den Weg eingeschlagen, den ich oben als höchst unzweckmäßig bezeichnete, nemlich den, auch bei einer controversia de hereditate den Besitz nach den Grundsätzen des Interdicts uti possidetis zu reguliren. Hierüber sagt nun Cicero tadelnd:

> Jam quid id ad praetorem, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo quia possessor est, non moves possessione? si possessor non esset, non dares. [32])

[30]) *sponsionem facere* heißt zwar keineswegs Sicherheit bestellen, sondern: 25 Sestertien darauf verwetten, daß man der rechte Erbe sey; aber bei oder schon vor dem Abschluß dieser Wette (sponsio) in jure, mußte durch die stipulatio pro praede litis et vindiciarum Caution geleistet werden.

[31]) Vielleicht war der Satz: si possessor sponsionem non faciet, erst nach den Worten: si tabulae test. non proferentur, eingeschoben. Es läßt sich nicht mit völliger Bestimmtheit hierüber urtheilen. Für die Hauptsache macht dies aber keinen erheblichen Unterschied; denn es ist ziemlich gleichgültig, ob Verres den gegenwärtigen Besitzer eines Nachlasses auch sogar dem scriptus heres, oder nur dem legitimus vorziehen wollte.

[32]) Ich möchte statt des Punktes gern ein Fragezeichen setzen, wie auch Rudorff l. c. gethan hat. Indessen giebt der Satz auch so einen guten Sinn und ist ironisch zu deuten. „Natürlich, wäre er, „(der Gegner der gens Minucia) nicht im Besitz gewesen, so hättest „du ihm die Vindicien nicht ertheilt; denn dann fehlte es ihm an „Geld dich zu bestechen.“

nusquam enim scribis, neque tu aliud quicquam edicto amplecteris, nisi eam causam, pro qua pecuniam acceperas.

Man sieht, der angebliche Testamentserbe ist in Besitzergreifung des Nachlasses der gens Minucia zuvorgekommen, und, obgleich er kein Testament vorzeigen kann, will Verres ihm doch den Besitz lassen; um dies aber mit einigem Schein thun zu können, hat Letzterer sein Edict in der angeführten Weise abgefaßt.

Bisher, so lange es schon prätorisches Recht gegeben habe, — lehrt Cicero, — sey es Gebrauch gewesen zu ediciren, daß zuvörderst demjenigen, welcher in einem der äußern Form nach gültigen Testamente sich instituirt finde, die Vindicien ertheilt werden sollten, in Ermangelung eines Testamentes aber dem, der nach Intestaterbrecht zur Succession berufen sey; und es wäre leicht nachzuweisen, daß und warum diese Bestimmung eine höchst billige sey.

Quare hoc sit aequissimum, facile est docere: sed in re tam usitata, satis est ostendere, omnes antea jus ita dixisse, et hoc vetus edictum translaticiumque esse.

Ich glaube kaum, daß man noch einen deutlichern und vollständigern Beweis für die Richtigkeit meines obigen Räsonnements irgend verlangen kann.

Aus dem zuletzt angeführten Satze, so wie aus den Worten: Posteaquam jus praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus, und weiterhin: hoc, opinor, jure et majores nostri et nos semper usi sumus, sehen wir zugleich, daß der Ursprung der B. P., als eines nach bestimmten, gleichmäßigen Vorschriften und Regeln behandelten Institutes, so hoch hinaufreicht, als die Edicte der

Prätoren selber, also vermuthlich bis an die Lex Aebutia hinan [33]), welche die legis actiones theilweise antiquirte, und dadurch dem Prätor zur Einführung eines neuen Actionenrechts freieren Spielraum ließ.

Aber noch in einer andern Beziehung ist uns die ganze Stelle höchst wichtig. Wir erhalten nemlich in ihr ein bedeutendes Bruchstück des zu Cicero's Zeit und schon vor ihm gebräuchlichen Edictes über die B. P., und dieses hat, wie sich durch Combination der gesperrt gedruckten Einleitungsworte mit dem in *cap.* 45. mitgetheilten Satze des edictum translaticium leicht herausstellt, folgendermaßen gelautet:

> **Si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oporteat, ad me proferentur: secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo.** [34]) **Si tabulae testamenti non proferentur, tum, uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset,** *(cujus de hereditate controversia est,)* **ita secundum eum possessionem dabo.** [35])

[33]) Haubold setzt diese Lex in das Jahr 520 a. u. oder 234 vor Chr.

[34]) *hereditatem* steht hier offenbar für hereditatis possessionem.

[35]) Eine Bestätigung dieser Restitution finden wir in *Fr.* 1. *unde legitimi.* wo Julian sagt: haec verba edicti: Tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset, etc. Sollte hienach wohl nicht auch in § 3. *I. de B. P.* mit Cujaz: tum quem, statt: tum qua ex familia, gelesen werden müssen? Vgl. auch *Fr.* 4. *unde legitimi.* und *Fr. un.*, § 2. *ut ex legibus S.veconsultis*, wo beide mal: oportet, statt: oporteret, gelesen wird.

In diesem Bruchstücke haben wir nun wohl unzweifelhaft grade den Eingang der über die B. P. handelnden Capitel des Edicts. Die Worte: Si de hereditate ambigitur, sind offenbar die Anfangsworte eines neuen Abschnittes. Den möglichen Einwand, es habe vielleicht das Edict bei jeder einzelnen Ordnung der B. P. die nemliche Einleitung wiederholt, widerlegen Cicero's Worte: Sequi illud oportet: Si tabulae testamenti non proferentur, aus denen erhellt, daß die Stelle über die B. P. intestati keine neuen Anfangsworte hatte, sondern sich unmittelbar als Fortsetzung an den vorigen Satz anschloß.

Also zu Cicero's Zeit bildete die B. P. secundum tabulas die erste, die B. P. unde legitimi aber die zweite Ordnung; und die B. P. contra tabulas existirte noch eben so wenig, [36]) als die unde liberi.

Was namentlich die B. P. contra tabulas betrifft, so hätte überdies ihre Anordnung den Worten: Si tabulae..... ad me proferentur, nothwendig folgen müssen; denn diese Worte enthalten eben sowohl die Bedingung der contra tabulas, als der secundum tabulas bonorum possessio; nun folgt aber in der von Cicero wörtlich mitgetheilten Edictsstelle auf jene Worte sogleich und unmittelbar der Satz: secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo. Auch dies potissimum ist wichtig; So konnte der Prätor offenbar nicht sprechen, wenn die B. P. secundum tabulas derzeit nicht die allererste, sondern nur die zweite Ordnung bildete.

Daß nun aber auf die B. P. secundum tabulas unmittelbar, und ohne Einschaltung des ordo: unde liberi, die

[36]) Hierin stimmt Förster mit mir gegen Hugo überein. cf. Förster, *de B. P. liberorum praeteritorum contra tabulas parentum. pag.* 142.

B. P. unde legitimi gefolgt sey, ergiebt sich mit Evidenz aus den Einleitungsworten: semper hoc jure usi sumus, si tabulae testamenti non proferrentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret: si is intestato mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur. Ueberdies ist wohl nichts wahrscheinlicher, als daß die ordines: contra tabulas und unde liberi zu gleicher Zeit eingeführt sind, da beide ganz dieselbe Classe von Personen begreifen, [37]) und es eine eben so große und kühne Rechtsänderung war, dieser Classe eine bonorum possessio gegen die von den 12 Tafeln berufenen Intestaterben zu geben, als gegen die in einem Testamente Instituirten; denn Beide, die legitima und die testamentaria hereditas, wurzeln ja gleichmäßig in demselben alten, fast heilig verehrten Gesetze.

Für den filius suus hat nun auch das Daseyn oder Nicht-Daseyn des ordo: unde liberi durchaus gar keine Bedeutung, weil er eben auch im ordo: unde legitimi immer, und zwar an der ersten Stelle, berufen ist. [38]) Jener ordo ist ersichtlich ganz allein um des Emancipatus willen eingeführt worden; und so belehrt uns denn grade das Schweigen des Edictes von der Ordnung der liberi darüber, daß die Gleichstellung des emancipirten Sohnes

[37]) *Fr.* 1, § 6. *si tabulae nullae extabunt, unde liberi.* (Ulp.) Liberos autem accipere debemus, quos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos diximus.

[38]) Dies hat Hugo in seiner Inaugural-Dissertation, § 28. sub VII. (pag. 44) wohl übersehen, was mit daher rühren mag, daß er, statt den ordo: unde legitimi zu nennen, diesen als ordo agnatorum bezeichnet. Der suus heres ist im ordo legitimorum nicht zusammen mit dem in gleich nahem Verwandtschaftsgrade stehenden Agnaten, (z. B. der Enkel mit dem Bruder des Erblassers,) sondern stets vor ihm berufen; denn er ist im angeführten Falle ganz allein der legitimus, da die 12 Tafeln zuerst die sui, dann den agnatus proximus, und zuletzt die gentiles zur hereditas einladen, und jede dieser Classen die nächstfolgende ausschließt, auch eine successio ordinum et graduum bei der legitima hereditas nicht statt findet.

mit dem in der väterlichen Gewalt Befindlichen zu Cicero's Zeit noch überall nicht erfolgt war.

Auffallender könnte es scheinen, daß nicht wenigstens dem filius suus praeteritus eine contra tabulas bonorum possessio damals schon angeboten wurde.

Vielleicht möchte sich dies daraus erklären lassen, daß der Rechtssatz: jedes Testament, worin ein filius suus präterirt worden, sey null und nichtig; zu Cicero's Zeit wohl noch nicht ganz fest stand. So viel namentlich wissen wir, daß in älterer Zeit eine exheredatio filii sui inter ceteros für genügend erachtet wurde. [39]) Das ganze Gewicht aber des Gebotes, den Sohn in der Gewalt entweder zum Erben einzusetzen oder namentlich zu enterben, liegt eben in dem nominatim exheredare; denn so lange die Clausel: ceteri exheredes sunto! für genügend gehalten wurde um die Nullität zu verhüten, werden Fälle der Nichtigkeit auch äußerst selten vorgekommen seyn. Man weiß ja, wie sehr die alte Römische Jurisprudenz das Festhalten an einzelnen hergebrachten Formeln liebte; und so dürfte sich nicht leicht ein Testament gefunden haben, worin jene Clausel: „ceteri exheredes sunto!" ausgelassen worden wäre. [40])

[39]) cf. *c.* 4. *C. de liberis praet.* (Justinianus.) .... scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum. und Cicero, *de oratore.* 1, *cap.* 38 u. 57, i. f. Nempe in ea causa quaesitum est de jure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem, neque exheredem scripsisset nominatim? — Bluntschli, (Erbfolge gegen den letzten Willen, *pag.* 19. Note 11.) behandelt letztere Stelle sehr unbefriedigend. Seine Behauptung, der Sohn sey nicht inter ceteros exheredirt, sondern ganz präterirt gewesen, rechtfertigt sich aus Cicero's Worten keinesweges, der grade auf das: *nominatim,* indem er es ganz an das Ende des Satzes stellt, den allergrößten Nachdruck legt.

[40]) Es mag mir erlaubt seyn, ein ganz ähnliches Beispiel aus der heutigen Praxis anzuführen. Das Lübische Recht gestattet jedem, frei über sein Vermögen zu testiren, dafern er seinen nächsten Erben wenigstens 8 ßl. 4 pf. aussetzt. Nun wird man bei uns in Stralsund nicht leicht ein Testament finden, selbst wenn allein die Kinder,

Läugnen läßt sich dagegen nicht, daß die Regel: agnatione sui heredis rumpitur testamentum, derzeit schon ohne allen Widerspruch galt; denn Cicero selbst setzt sie mehrmals unter die bekanntesten, unzweifelhaftesten Rechtssätze. Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit, quam ei filius natus esset, hereditatem petit? nemo: quia constat, agnascendo rumpi testamentum. [41]) Folglich war allerdings Anlaß und Bedürfniß zu einer bonorum possessio contra tabulas vorhanden. Wahrscheinlich ist mir, daß der Prätor anfangs in solchen Fällen, wo ein präterirter filius suus oder ein posthumus auftrat, die B. P. secundum tabulas wegen offenbarer und gleich auf den ersten Blick erkennbarer Nichtigkeit des Testaments verweigert haben möge, wonächst dann dem Suus die B. P. unde legitimi ertheilt werden konnte, falls der scriptus heres überall noch auf Anstellung der hereditatis petitio bestand. Bald nach der Zeit, wo Cicero die Verrinischen Reden hielt, (anno 684 a. u. oder 70 v. Chr.) mag indeß der Prätor die Verweigerung der B. P. secundum tabulas in solchen Fällen förmlich durch sein Edict angekündigt haben, was denn, so lange noch nicht von der Gleichstellung des Emancipatus mit dem Suus die Rede war, sehr einfach

oder in ihrer Ermangelung die allernächsten Verwandten eingesetzt sind, worin nicht die Clausel stände: „Alle, die sich sonst noch als meine nächsten „Erben zu Recht einzeugen lassen, sollen auf den Lübischen Pflichttheil „von 8 ßl. und 4 pf. hiedurch eingesetzt und damit abgefunden seyn."

Uebrigens ist es merkwürdig, wie bei den Römern das Civilrecht in Annahme der Nullität immer strenger ward, (Vgl. Gaji *Inst.* 2, § 123. über die Controverse, ob der bei Lebzeiten des Testators erfolgte Tod des filius suus praeteritus die Nullität verhindere, mit *Fr.* 7 u. 8. *de liberis et postumis.*) während das prätorische Recht nach und nach immer laxere Grundsätze annahm. cf. *Fr.* 12. *pr. de injusto.*

[41]) *de oratore.* 1, *cap.* 57. Vgl. Cicero, *pro Caecina. cap.* 25. Illud potest dici judici ab aliquo non tam verecundo homine, quam gratioso; .... hoc non potest: cui filius agnatus sit, ejus testamentum non esse ruptum judica!

mittelst Einschiebung eines Zwischensatzes hinter den Worten: Si tabulae .... ad me proferentur, etwa in dieser Weise geschehen konnte: „Si quidem filius, suus heres testatoris, „neque heres neque exheres nominatim scriptus invenie„tur, contra tabulas testamenti secundum filium suum „heredem, si vero filius, suus heres defuncti, non erit „praeteritus, secundum tabulas testamenti potissimum „hereditatem dabo." Hierin hätten wir denn eine Art B. P. contra tabulas, die aber freilich von der aus dem Pandektenrechte uns Bekannten, hinsichtlich des Umfanges sowohl, als der Wirkung, himmelweit verschieden ist.

Daß nun aber eine solche B. P. contra tabulas, lediglich zu Gunsten des filius suus praeteritus, anfänglich allein eingeführt sey, ist schon deshalb wohl anzunehmen, weil auch späterhin stets die dem Suus ertheilte B. P. contra tabulas von der dem Emancipatus Angebotenen durchaus verschieden war und blieb; und daß ferner ihre Einführung noch in die Zeit der Republik gefallen sey, ist darum wahrscheinlich,[42]) weil um diese Zeit schon das Edictum Carbonianum existirte, welches sich vorzüglich auf die B. P. contra tabulas bezogen zu haben scheint, obwohl es auch in dem ordo legitimorum, in so weit nemlich die Sui in diesem mit begriffen waren, und zuweilen selbst bei der B. P. secundum tabulas Anwendung finden mußte.[43])

Wenn durch die bisherige Ausführung nun dargethan seyn wird, daß die Ertheilung der B. P. ursprünglich bloß

[42]) Vgl. Förster, *l. c. pag.* 142, und besonders Note 7. daselbst.

Auch Francke, (das Recht der Notherben. pag. 121. f.) behauptet dasselbe. Seine Beweisführung ist jedoch sehr ungenügend; und weiter als bis zur Wahrscheinlichkeit werden wir immer nicht kommen.

[43]) cf. *Fr.* 3, *pr. de Carbon. Edicto.*

ein das judicium de hereditate vorbereitender processualischer Act war, so ist jetzt noch einiges über die Rechtsverhältnisse des bonorum possessor, während der Dauer des Processes und bis definitiv über das Erbrecht erkannt ward, zu erörtern. [44])

Die Ertheilung der B. P. gab dem, welcher sie erhielt, die Befugniß den Verstorbenen, in Bezug auf seine Vermögensverhältnisse, interimistisch zu repräsentiren; und so war der bonorum possessor ein Verwalter des Nachlasses, als fremden Gutes, für Rechnung des noch erst auszumittelnden heres, oder gewissermaßen ein procurator der juristisch als fortlebend gedachten Person des Erblassers.

Eine Verlassenschaft besteht nun theils aus unverletzten Eigenthums- und Besitz-Rechten, (körperlichen Sachen, welche der defunctus bis an sein Lebensende ungestört besessen hat,) theils aus Obligationen und andern Klagerechten.

Was die Ersteren betrifft, — der Kürze wegen, und um uns dem Römischen Sprachgebrauche anzuschließen, wollen wir sie gradezu die res corporales, Sachen, nennen, — so konnte natürlich der bonorum possessor den Besitz dieser Sachen verlangen. Hatte er sich also nicht schon vor der in jus vocatio selber in ihren Besitz gesetzt, so mußte ihm der Prätor nun zur Erlangung dieses Besitzes behülflich seyn. Solche Hülfe konnte Letzterer gewähren, indem er entweder via facti, durch seinen viator oder apparitor, den bonorum possessor in den Besitz einweisen ließ, oder aber, indem er diesem eine Klage gegen diejenigen gab, welche ihm in Ergreifung des Besitzes zuvorgekommen waren, und diese Klage ist eben das interdictum Quorum

[44]) Nach dem Endurtheile mußte er entweder den Nachlaß seinem Gegner restituiren, falls für diesen entschieden ward, und dann war seine B. P. sine re; oder, wenn er selbst als heres anerkannt wurde, so verlor die ihm ertheilte B. P. doch eo ipso alle selbständige Bedeutung.

bonorum. Ohne Zweifel sind beide Arten der prätorischen Hülfe wirklich angewendet, [45]) und vermuthlich war jene Erste die Aeltere und Ursprüngliche, obwohl ausgemacht bleibt, daß zu Cicero's Zeit das Interdict schon eingeführt gewesen ist. *(ad Diversos. 7, 21.)* Dieses Interdict war demnach gewissermaßen eine rein executivische Klage. Daß die exceptio: *ni ipse heres sim*, nicht dagegen eingewandt werden konnte, ergiebt sich aus der Natur der Sache; denn der Streit über das Erbrecht wird ja eben schon in dem judicium de hereditate verhandelt, und der Prätor hat grade verfügt, daß bis zu ausgemachter Sache der jetzige bonorum possessor den Besitz des Nachlasses haben solle; aber auch die exceptio: *ni dominus sim*, — etwa in Bezug auf einzelne Sachen, — mußte unzulässig seyn; denn da der defunctus bis an sein Lebensende die streitigen Sachen ungestört besessen hatte, so konnte der Verwalter seines Nachlasses, der ihn vorläufig repräsentirt, mit Recht ver=

[45]) So verfügt der Decemvir Appius Claudius, (Livius. 3, *cap.* 48.) nachdem er bei der Vindication der Virginia die Vindicien secundum servitutem ertheilt hatte: I lictor, submove turbam et da viam domino ad prehendendum mancipium! und Ulpian sagt in *Fr. 3, pr. ne vis fiat ei, qui in poss.* Si quis missus fuerit in possessionem, fideicommissi servandi causa, et non admittatur: potestate ejus inducendus est in possessionem, qui eum misit: aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. Sed melius erit dicere, extra ordinem ipsos jure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem. Hier ist also das Wahlrecht des Klägers in einem dem unsrigen ganz ähnlichen Falle ausdrücklich anerkannt. Umgekehrt sagt derselbe Ulpian in *Fr.* 1, § 2. *si ventris nomine etc.* Coget autem eum decedere, non praetoria potestate, vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit. Man sieht hieraus aber doch, daß in der Praxis Beides vorkam. Auch in folgender Stelle: (Valer. Max. 7, *cap.* 7, § 6.) Genucius a Cn. Oreste praetore urbis impetraverat, ut restitui se in bona Naeviani juberet, quorum possessionem secundum tabulas testamenti ab ipso acceperat; scheint von einer unmittelbaren Einweisung in den Besitz die Rede zu seyn, keineswegs aber von einer remissio ad jus ordinarium, worunter eben der Interdicten=Proceß verstanden wird.

langen, ganz in dasselbe Verhältniß gesetzt zu werden, in welchem sich der Erblasser zur Zeit seines Todes befunden hatte, wogegen dem angeblichen Eigenthümer einzelner Sachen die Anstellung der rei vindicatio nachher durchaus unverwehrt blieb. [46])

In Bezug auf die Repräsentation des Verstorbenen hinsichtlich seiner Obligationsverhältnisse und sonstigen Klagrechte konnte natürlich weder eine factische Einweisung statt finden, noch auch das Interdict etwas nützen; dennoch aber war auch hier die Rechtshülfe nothwendig. Der bonorum possessor mußte alle dem Nachlasse schuldigen Leistungen einfordern, oder Eigenthum, dessen Besitz der Erblasser selbst schon verloren hatte, vindiciren können, u. s. w. damit nicht durch Klageverjährung oder Usucapion die Obligationen oder das Eigenthum zerstört werden möchten; und eben so lag es ihm umgekehrt ob, die Gläubiger des Verstorbenen aus dem Nachlasse zu befriedigen. Die directen Klagen, welche dem heres zustehen, durfte er nicht anstellen; denn er war noch nicht als heres anerkannt, und seiner Klage hätte also jedenfalls die Einrede: *quod praejudicium hereditati non fiat*, opponirt werden können; allein der Prätor half sowohl ihm, als auch wieder den Nachlaßgläubigern gegen ihn, durch Ertheilung von actiones utiles oder fictitiae, [47]) wodurch denn der Zweck des ganzen Instituts der B. P. vollständig erreicht ward.

Durch alle diese dem bonorum possessor eingeräumten Befugnisse litt aber sein Gegner, falls solcher der wirkliche heres war, durchaus keinen Verlust. Wie wir aus Cicero

[46]) Die weitere Ausführung dieses Satzes ist in meinem obgedachten Aufsatze (Rhein. Museum f. Jurisprudenz. Bd. 4, *pag.* 171—174.) enthalten.

[47]) Vgl. auch hierüber die eben angeführte Abhandlung, *l. c. pag.* 176—178.

und Gajus sehen, hatte der bonorum possessor ihm für die ganze Erbschaft und für deren Besitz, (den Fruchtgenuß,) während der Dauer des Processes, sogleich Sicherheit bestellen müssen, entweder durch wirkliche praedes litis et vindiciarum, wenn nemlich die legis actio zur Hand genommen war, oder aber, bei dem Verfahren per sponsionem, durch die stipulatio pro praede litis et vindiciarum.[48]) Sobald also der Gegner des bonorum possessor späterhin durch die Sentenz des Judex als Erbe anerkannt war, mußte Letzterer in einem zweiten Processe, der die Litis ästimatio zum Gegenstande hatte, (condictio, oder actio ex stipulatu,) — falls er sich nicht außergerichtlich mit dem Sieger abfinden mochte, — förmlich Rechnung über seine bisher geführte Verwaltung des Nachlasses ablegen, dolus und culpa prästiren, und überhaupt den Nachlaß in der Weise auskehren und dem heres überliefern, wie ein negotiorum gestor oder procurator dazu verpflichtet gewesen wäre. Auch das alte Institut der pro herede usucapio konnte an dieser Verpflichtung durchaus nichts ändern. Hatte der heres nemlich, bevor seinem Gegner die B. P. ertheilt ward, bereits selber den Besitz der einzelnen Nachlaßsachen ergriffen gehabt, so war eine Usucapion von Seiten des bonorum possessor schon ipso jure unmöglich gewesen.[49]) Aber

[48]) cf. Gaji *Inst.* 4, § 17 und 90—96; so wie die oben abgedruckte Stelle aus Cicero, *in Verrem*. Wer diese Sicherheit nicht bestellen wollte oder konnte, erhielt aber sicherlich nicht den Besitz des Nachlasses, sondern dieser wurde auf den Gegner übertragen. Pauli *sent. rec.* 1, *tit.* 11, § 1. Quoties hereditas petitur, satisdatio jure desideratur: et si satisdatio non detur, in petitorem hereditas transfertur. Si petitor satisdare noluerit, penes possessorem possessio remanet: in pari enim causa potior est possessor. — Auf dies transferre bezieht sich das erst neulich bekannt gewordene Interdict *Quam hereditatem*, worüber zu vergleichen: Rudorff, in der Ztschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 9, *pag.* 37, ff.

[49]) Gaji *Inst.* 2, § 52. .... si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; Vgl.

auch wenn der Nachlaß gleich anfangs vom bonorum possessor occupirt worden war, so hatte dieser zwar seine Usucapion auch nach dem eingeleiteten Judicium, und troß desselben, fortsetzen und vollenden können; jedoch hier entschied wieder die Regel, daß der verurtheilte Beklagte dem Kläger das objectum litis ganz in dem Zustande herausgeben muß, in welchem sich dasselbe zur Zeit der Litis-Contestatio, (also für unsern Fall in dem Zeitpunkte der Ertheilung der B. P.,) befunden hat. Der bonorum possessor mußte also auch die usucapirten Sachen restituiren, und zugleich wegen etwaniger Verbindlichkeiten, womit er selbige nach vollendeter Usucapion vielleicht belastet haben dürfte, de dolo caviren. Ganz eben so ist es ja auch bei der vindicatio singulae rei Rechtens. [50])

Ein bisher noch nicht berührter Gewinn, welchen das Edict über die Rangordnung, nach welcher die B. P. gegeben werden solle, indirect brachte, ist folgender. Da die B. P. demjenigen ertheilt ward, welcher nach dem ersten Anscheine das beste Recht auf die hereditas hatte, so wird in den allermeisten Fällen der bonorum possessor auch der wirkliche heres gewesen seyn. Sein Gegner nun, wenn er selbst wußte, daß er nicht zur hereditas berufen sey, namentlich also jeder, der lucrifaciendi causa den Besitz von Nachlaßsachen ergriffen hatte, konnte unter diesen Umständen gar kein Interesse haben, das judicium de hereditate durchzuführen. Hätte er sich bis zur res judicata im Besitze erhalten können, so wäre der längere Genuß der Erbschaft vielleicht eher eine Lockung für ihn gewesen den Pro-

Fr. 29. *de usurpatt.* .... quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est.

[50]) cf. *Fr.* 18 und 20. *de R. V.* und *Fr.* 35. *de V. S.*

ceß so weit als möglich fortzusetzen. [51]) Nun aber ward ihm der Besitz der Verlassenschaft genommen, und so konnte dieser wenigstens ihn nicht reizen unnütze Kosten aufzuwenden, um zuletzt doch, wie sich voraussehen ließ, im Rechtsstreite zu unterliegen. In der Mehrzahl aller Fälle wird also der Proceß ruhen geblieben seyn, und durch die Proceßverjährung [52]) wurde dann das bisher interimistische Recht des **bonorum possessor** in ein unwiderrufliches verwandelt, wobei denn auch seine Caution von selbst erlosch. Folglich wirkte unser Institut wesentlich mit darauf hin, die Zahl der Erbschaftsprocesse bedeutend zu vermindern.

Das Resultat der bisherigen Deduction ist nun dieses: Die **B. P.** war ursprünglich nichts Anderes als eine auf der Autorität des Prätors beruhende **pro herede possessio.** Jeder, der sie erbat, erklärte dadurch zugleich, daß er **heres** seyn wolle. Wenn also die **hereditatis aditio** nicht schon vorangegangen war, so geschah sie **implicite** durch Erbittung der **B. P.**, und ward von dieser nothwendig involvirt. [53]) War die **B. P.** dem wirklichen **heres** ertheilt, so war sie **cum re**; war aber der Gegner **heres**, und ward als sol-

[51]) Wie häufig bei uns, wo derjenige, welcher zuerst Besitz ergriffen hat, auch bis zum rechtskräftigen Erkenntnisse über das Erbrecht im Besitze bleibt, und meistentheils auch nicht einmal früher zur Cautionsleistung gezwungen werden kann, führt nicht ein Erbprätendent, der nichts zu verlieren hat, den Proceß durch alle Instanzen, und verzehrt unterdessen den Nachlaß, oder bringt den Erlös bei Seite, so daß sein Gegner, welchem nachher die Erbschaft zugesprochen wird, dann nichts als das leere Nachsehen behält!

[52]) **cf. Gaji** ***Inst.*** **4, § 104** und **105.**

[53]) ***c.*** **12.** ***C. de jure deliberandi.*** **(Diocl et. et Maximianus.) Puberem agnoscentem bonorum possessionem, posteaquam fuit ei hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur. —** ***Fr.*** **25, § 7.** ***de acquir. l. omitt. her.*** **(Ulp.) Sed quid, si mandavit ut hereditatem colligat: — Quid, si, ut petat bonorum possessionem? — Aut quid, si petitam bonorum possessionem ratam habuit; mox filius adeat hereditatem? — An jussu videatur adisse, dubitari potest. Immo verius est, ex his omnibns aditionem esse introducendam.**

cher durch die sentential judicis anerkannt, so erlosch die bisherige B. P. von selbst, und der bonorum possessor mußte den Nachlaß dem heres restituiren, d. h. seine B. P. war sine re.

Somit ist gezeigt, wie das bloße Factum, welches der Ausdruck bonorum sive hereditatis possessio ursprünglich bezeichnet, nemlich der Besitz eines Nachlasses und die factische Repräsentation des Erblassers, eben durch die Verleihung von Seiten des Prätors zu einer Befugniß, zu einem jus, erhoben worden, und wie hiedurch erst die B. P. juristische Bedeutung gewonnen hat, wie sie ein Rechtsinstitut geworden ist. Diese B. P. hat demnach materiell ganz denselben Umfang, wie die hereditas selber; aber sie unterscheidet sich von ihr wesentlich dadurch, daß sie nur eine interimistische Befugniß ist, während die hereditas ein bleibendes Recht begründet. Und so sagt denn Ulpian, im Verfolge der oben (pag. 20.) mitgetheilten Stelle, vollkommen mit unserer Ansicht übereinstimmend:

Fr. 3, § 2. *de B. P.* Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus, jus persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quae cujusque, cum moritur, fuit. [54])

Bisjetzt habe ich das Entstehen und die ursprüngliche Bedeutung der B. P. darzustellen, und aus dem Wesen des

[54]) Wenn dagegen in *Fr.* 1. *eodem.* ebenfalls unter Ulpian's Namen gesagt wird: Bonorum possessio admissa, commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit; nam haec omnia bonis sunt conjuncta. so leidet es wohl kaum einen Zweifel, daß das Wort *dominium* von den Compilatoren für *possessionem* interpolirt sey. Man vergleiche deshalb nur, was Ulpian selbst in *Fr.* 3, § 1. *eodem*, und noch mehr, was er in seinen Fragmenten, *tit.* 28, § 12 u. 13. sagt; und eben so die Institutionen des Gajus, 3, § 32. und B. 4, § 34. (Hieraus ist Ulpian's § 12. *cit.* fast wörtlich entnommen.) Hier heißt es ausdrücklich

alten Römischen Actionenrechts, so wie aus den Quellen zu begründen versucht, und zugleich die Zweckmäßigkeit der ganzen Einrichtung nachgewiesen. Jetzt wird es mir obliegen, die weitere Entwickelung dieses Institutes zu verfolgen, und zu zeigen, wie und auf welchem Wege die B. P. mehr und mehr eine der hereditas analoge Universal-Succession werden konnte, und überhaupt sich zu der Gestalt herausgebildet hat, in welcher das classische Pandektenrecht sie uns zeigt.

Weil aber die Untersuchung offenbar zu weitschichtig werden würde, wenn ich sie auch auf die B. P. emancipati oder liberti ausdehnen wollte, so werde ich mich im Folgenden lediglich auf die B. P. ingenui, capite non deminuti, beschränken, und ich hoffe, daß diese Beschränkung um so mehr Billigung finden werde, als die analoge Anwendung des zu Entwickelnden auf die einzelnen Classen der B. P. liberti vel emancipati, — die überdies in neuerer Zeit mehrfache und ausgezeichnete Bearbeitung erfahren hat, — keine große Schwierigkeiten darbieten dürfte.

Um nun für unsere Untersuchung eine zweckmäßige Ordnung zu gewinnen, müßen wir uns zuerst an Justinian's Bemerkung erinnern, daß die B. P., eben so wie das ganze jus praetorium, theils adjuvandi seu confirmandi, theils supplendi seu emendandi, theils endlich impugnandi seu corrigendi juris civilis causa eingeführt

vom bonorum possessor: — neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse. Also von einem dominium des bonorum possessor konnte in der Zeit der classischen Jurisprudenz auch noch überall nicht die Rede seyn. Uebrigens glaube ich, daß grade diese interpolirte Stelle Ulpian's, die ja eben den Eingang zu der ganzen Lehre von der B. P. in den Digesten bildet, viel dazu beigetragen habe, die richtige Einsicht in das Wesen des ganzen Institutes Jahrhunderte lang zu verhindern.

sey.[55]) Ursprünglich, und in dem Stadium, in welchem sie bisher dargestellt worden, diente die B. P. lediglich zur bessern Handhabung und Geltendmachung des jus civile, nemlich zu einer zweckmäßigen Einleitung des judicium de hereditate. Zur B. P. juris civilis supplendi causa recepta gehören aber die Ordnungen: unde cognati und unde vir et uxor, und endlich zu der juris civilis impugnandi causa eingeführten B. P. vorzugsweise die Gleichstellung des Emancipatus mit dem Suus in den Ordnungen contra tabulas und unde liberi, so wie einige die B. P. secundum tabulas angehende spätere Bestimmungen, durch welche der bonorum possessor, der nicht zugleich heres ist, dennoch in mehreren Fällen, dem praktischen Erfolge nach, dem heres vorgezogen wird.[56])

Wir werden also zuerst von den Ergänzungen des Civilrechts durch die B. P. zu reden haben; sodann von den Classen der Letzteren, welche gradezu dem Civilrechte derogiren, und zuletzt endlich von dem Einflusse, welchen alle diese Aenderungen auf das Wesen des ganzen Instituts und namentlich auf das gerichtliche Verfahren in Betreff der B. P. äußern mußten.

---

[55]) cf. *pr. I. de B. P.* und daneben: *Fr.* 7, § 1. *de justitia et jure.* (von Papinian.)

[56]) Ob die dem alienus posthumus ertheilte B. P. secundum tabulas (cf. *pr. I. de B. P.*) zu der supplendi, oder zu der impugnandi juris civilis gratia Eingeführten gehört habe, d. h. ob sie nur in Ermangelung eines heres eine B. P. cum re gewesen, oder ob der alienus posthumus institutus auch gegen den jure civili heres im Besitze des Nachlasses geschützt worden sey, kann ich nur dahin gestellt seyn lassen. Theophilus, in seiner Paraphrase der angeführten Stelle, zählt sie offenbar zur ersten Gattung; und seine Angabe, obwohl sie keinesweges ganz zuverläßig seyn dürfte, hat auch viel innere Wahrscheinlichkeit für sich. Wegen des Mangels an weiteren Quellenzeugnissen werde ich indessen diesen Fall der B. P. secundum tabulas im Folgenden nicht mehr berühren, und mag er mit dem hier Gesagten abgefertigt seyn.

III. Fortbildung der bonorum possessio bis gegen das Ende der Republik.

B. P. juris civilis supplendi causa recepta.

Die legitima hereditas der Römer war bekanntlich in sehr enge Grenzen eingeschlossen. Wenn jemand ohne Testament verstarb und keinen suus heres hinterließ, so war der nächste Agnat berufen, und in Ermangelung eines solchen, die Gentilen. Gentilen nun konnte nach den neuern Untersuchungen nur ein Patricier haben, und so litt das gentilitische Erbrecht von Anfang an auf den bei weitem größten Theil des Volks keine Anwendung. [57]) Allein, auch was die agnatische Succession betrifft, so gab es von jeher ganze Classen von Personen, die ingenui capite non deminuti waren, und doch keine Agnaten haben konnten; [58]) so z. B. alle Kinder aus einer Ehe, die nur nach dem jus gentium gültig war, ferner alle vulgo quaesiti, und endlich das einzige Kind eines emancipatus, oder eines libertus, welches den Vater überlebt. Wenn also ein Individuum aus einer dieser Classen mit Tode abging, ohne sui heredes, und ohne ein Testament zu hinterlassen, so war sein Nachlaß nothwendig erblos. Hiezu kommt noch, daß das Civilrecht eine successio ordinum et graduum nicht zuließ, und daß auch die Testamente gar leicht an Ungültigkeit litten.

In allen Fällen, wo nach dem eben Gesagten Erblosigkeit eintrat, konnte ursprünglich jedermann willkürlich zugrei-

[57]) Jedoch konnte auch dem von einem Patricier manumittirten libertus und dessen Nachkommen allerdings gente succedirt werden. cf. Cicero, *de oratore*. 1, *cap*. 39.

[58]) cf. *Fr*. 2 und 4. *unde cognati*.

fen [59]) und von dem ganzen Nachlasse oder Theilen desselben, wie Zufall und Gelegenheit ihn begünstigten, Besitz ergreifen, wonächst er dann in Einem Jahre pro herede usucapirte. In älterer Zeit nun verschaffte diese pro herede usucapio nicht nur das Eigenthum der einzelnen Nachlaßsachen, sondern die hereditas (das jus heredis) selber; obwohl nicht ganz klar ist, wie weit sich die Wirkung dieses Satzes erstreckte. So viel nemlich wissen wir aus Cicero [60]), daß eines Theils wer am meisten usucapirt hatte, auch die sacra privata übernehmen mußte; andern Theils aber derjenige, welcher die hereditas durch Usucapion erworben hatte, dennoch die Forderungen des defunctus nicht einklagen konnte, weil eben die Schuldner des Nachlasses so angesehen wurden, als wenn sie die Befreiung von ihrer Schuld (als einer res hereditatis) ihrerseits ebenfalls usucapirt hätten. [61]) Umgekehrt ist auch nicht glaublich, daß diejenigen, welche den Nachlaß ganz oder zum größten Theile in Besitz genommen hatten, den Gläubigern des Verstorbenen persönlich verhaftet worden seyen; sondern diese mußten wohl, wenn die Usucapienten sich nicht in Güte mit ihnen abfinden wollten, beim Prätor auf die venditio bonorum antragen.

[59]) Das Recht des Aerarium, — später des Fiscus, — auf erblose Güter gründet sich, wie wir jetzt mit Gewißheit behaupten können, erst auf die Lex Julia et Papia Poppaea; und so wird auch nach dem Sinne dieses Gesetzes unter erblosem Gute (bona vacantia) nicht jeder Nachlaß verstanden, welcher keinen heres, sondern nur der, welcher auch nicht einmal einen bonorum possessor gefunden hat. Vgl. v. Savigny. in Ztschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 2, *pag.* 378. und daneben oben, *pag.* 16, f. Note 12. a. E.

[60]) Cicero, *de legibus* 2, *cap.* 19. — quaeruntur enim, qui adstringantur sacris. — Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae ejus fuerint, cum moritur, usu ceperit plurimum possidendo. — Extrema illa persona est; ut is, qui ei qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, perinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit.

[61]) Auch bei der in jure cessio einer bereits angetretenen hereditas erloschen alle zu Letzterer gehörigen Schuldforderungen; was ich der Aehnlichkeit wegen hier beiläufig bemerke. cf. Gaji *Inst.* 2, § 34 — 37.

Natürlich werden in solchen Fällen meistens die nächsten Verwandten (cognati) oder der überlebende Ehegatte, die um und bei dem Sterbenden waren, die beste Gelegenheit gehabt und wahrgenommen haben, sich in den Besitz der Verlassenschaft zu setzen. Um dann aber die zum Nachlasse gehörenden nomina geltend machen zu können, blieb für sie kein anderer Ausweg, als etwa nach Verabredung mit den Erbschaftsgläubigern die bona vor dem Prätor zu kaufen, durch welchen Kauf sie dann zugleich ein Klagerecht gegen die Schuldner des defunctus erwarben. [62]) Hiebei ergaben sich indessen doch manche Uebelstände. Erstlich konnte es zwar bei völlig sufficienten oder gar reichen Verlassenschaften durchaus nicht fehlen, daß die volle Bezahlung sämmtlicher Nachlaßschulden als Kaufpreis geboten wurde; wenn nun aber mehrere Liebhaber sich fanden, die dasselbe offerirten, — und eine höhere Steigerung des Gebotes war der Natur der Sache nach nicht zuläßig, — wem sollte der Prätor die bona zuschlagen? Ferner belastete die bonorum venditio den Namen des Verstorbenen mit einer infamia; und dieser Umstand schon durfte wohl vorzugsweise ein Beweggrund für die Verwandten seyn, eine solche Procedur

[62]) Eine actio fictitia vel Rutiliana. cf. Gaji *Inst.* 4, § 35.

Selbst die zur hereditas Berufenen bedienten sich wohl, wenn der Nachlaß überschuldet schien, des Mittels die Erbschaft auszuschlagen, und dann bei der sectio die bona wieder zu kaufen, wo sie dann nur verpflichtet waren, den Gläubigern diejenigen Procente, die sie geboten hatten, zu zahlen. Paulus indessen *(Fr. 91. de acquir. l. omitt. her.)* erklärt dies Verfahren für dolose. Paulus .... respondit: Si is, qui bonis paternis abstinuit, per suppositam personam emptoris bona patris mercatus probatur, perinde eum condemnari oportere, atque si bonis paternis se inmiscuisset. Mir scheint es eben nur quaestio facti zu seyn, ob bei dieser Procedur ein dolus obwalte, oder nicht; und möchte ich also das Responsum des Paulus, so nude crude wenigstens, nicht mit unterschreiben. Fast möchte ich glauben, er setze den dolus nur eben darin, daß der Kauf per suppositam emptoris personam bewerkstelligt sey. cf. *c.* 2. *C. de repud. l. abstin. hereditate.*

zu vermeiden. Faßten sie nun diesen Entschluß, so mußten sie sich mit dem Erwerbe der im Nachlasse befindlichen beweglichen und unbeweglichen Sachen (corpora), die sie hatten occupiren können, begnügen, die Schuldner unangefochten lassen, und nichts desto weniger doch die Gläubiger zum vollen Belaufe befriedigen, so daß jene Schuldner oft den hauptsächlichsten Vortheil genossen.

Diesen beiden Uebelständen konnte abgeholfen werden, wenn der Prätor eine Rangordnung bestimmte, nach welcher er denen, die sich zur Befriedigung der Creditoren erboten, die bona überlassen wolle, und wenn er zugleich demjenigen, der somit den Nachlaß erhielt, ähnliche Klagen wie dem bonorum emtor ertheilte, ohne daß doch eine bonorum venditio, — wenn auch nur zum Scheine, — in die Mitte geschoben zu werden brauchte. Zu diesem Zwecke bot sich nun das schon bestehende Institut der B. P. als die einfachste und bequemste Form an; [63]) und so edicirte denn der Prätor weiter: Wenn kein legitimus heres sich zu dem Besitze der Erbschaft meldet, so werde ich diesen Besitz (die B. P.) dem Blutsverwandten des Verstorbenen geben, welcher, dem Grade nach, ihm der nächste ist, und in Ermangelung eines solchen, dem überlebenden Ehegatten. [64])

[63]) Sehr anschaulich ist dies Alles von Hugo, in der sechsten Auflage seiner Rechtsgeschichte § 211, Note 3. (diese Stelle ist in der eilften Auflage, pag. 551, Z. 24 ff. nebst der dazu gehörenden Note 3. beträchtlich abgekürzt;) entwickelt und belegt; und eben so von v. Savigny, Ztschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 5, pag. 14 ff. Nur dehnen Beide das, was doch nur für die Entstehung der B. P. juris civilis supplendi causa recepta gültig ist, auf den Ursprung des ganzen Instituts der B. P. aus.

[64]) In unsern heutigen Verhältnissen erscheint die Ordnung unde vir et uxor als eine, die fast nie zur Anwendung kommen könnte, als ein überflüßiger Luxus; denn nicht leicht wird sich ein Mensch finden, der nicht wenigstens im sechsten und siebenten Grade noch Blutsverwandte hätte; im alten Rom aber gab es bestimmte Kategorien solcher Personen, z. B. das einzige Kind aus einer Ehe von zwei Freigelassenen, welches kinderlos seine Eltern überlebt, und eben so das

Auf solche Weise sind also dem bereits bestehenden Institute der B. P. die beiden neuen ordines: unde cognati und unde vir et uxor hinzugefügt.

Ueber die Zeit ihrer Einführung, und ob Beide gleichzeitig entstanden sind, wissen wir nichts Genaueres; nur so viel ist gewiß, daß die B. P. unde cognati schon zu Cicero's Zeit im Gebrauche war. Hierüber haben wir zwei entscheidende Stellen in der Rede: pro Aulo Cluentio Avito. Zuerst heißt es hier:

cap. 60. (§ 165.) Objectum est, C. Vibium Capacem ab hoc Aulo Cluentio veneno esse sublatum. Opportune adest homo summa fide et omni virtute praeditus, L. Plaetorius, senator, qui illius Capacis hospes fuit et familiaris. apud hunc ille Romae habitavit, apud hunc aegrotavit, hujus domi est mortuus. At heres est Cluentius. Intestatum dico esse mortuum, possessionemque ejus bonorum praetoris edicto huic illius sororis filio, adolescenti pudentissimo et inprimis honesto, equiti Romano datam, Numerio Cluentio, quem videtis.

Aulus Cluentius Avitus ist angeklagt, den Cajus Vibius Capax vergiftet zu haben, und dabei behauptet der Ankläger, daß Cluentius den Vergifteten beerbt habe. Cicero läugnet beides, und führt in letzterer Hinsicht namentlich an, nicht Aulus, sondern Numerius Cluentius, ein Schwestersohn, also Cognat, des Vibius Capax habe den Besitz

uneheliche einzige Kind einer liberta, das ohne Descendenten zu hinterlassen nach der Mutter Tode stirbt. — Die Classen von Personen, welchen nur im ordo: unde cognati succedirt werden konnte, sind oben angegeben. Daß z. B. ein pater Latinus seinen in der Ehe mit einer civis erzeugten Sohn auf diese Weise beerben durfte, leidet keinen Zweifel, da die Latinen ja das commercium hatten. Ungewisser ist die Anwendung dieser B. P. zwischen cives und peregrini, wiewohl Ulpian in *Fr.* 1, § 2. *unde cognati*. nur die cognatio zwischen serviles personae ausschließt. Vgl. Ulp. *tit.* 5, § 8.

seiner Verlassenschaft (die B. P.) ab intestato nach dem Edicte des Prätors erhalten. Daß nemlich Numerius Cluentius ein Schwestersohn des Verstorbenen und nicht des Aulus Cluentius gewesen sey, scheint sowohl aus dem Worte: *illius*, wofür Cicero, wenn er den anwesenden Angeklagten bezeichnen wollte, gewiß δεικτικῶς: *hujus*, gesetzt haben würde, als auch aus dem Umstande zu erhellen, daß Beide, der bonorum possessor und der Angeklagte denselben Geschlechtsnamen Cluentius führen, welches, wenn jener ein Schwestersohn des Letzteren gewesen wäre, nur unter ganz besondern Verhältnissen, (entweder Verheirathung seiner Mutter an einen Agnaten, oder Adoption,) hätte statt finden können. Jedenfalls war aber Numerius Cluentius kein Agnat (legitimus heres) des Vibius Capax; denn Agnaten führen immer denselben Geschlechtsnamen; und so muß er, da der Erblasser intestatus verstorben war, nothwendiger Weise die B. P. unde cognati erhalten haben.

Die zweite Stelle ist diese:

cap. 15. (§ 45.) Nam Avitus usque ad illius judicii tempus nullum testamentum umquam fecerat. neque enim legare ejusmodi matri poterat in animum inducere: neque testamento nomen omnino praetermittere parentis. Id cum Oppianicus sciret, (neque enim erat obscurum,) intelligebat, Avito mortuo, bona ejus omnia ad matrem esse ventura: quae ab sese postea, aucta pecunia, majore praemio, orbata filio, minore periculo, necaretur. itaque his rebus incensus, qua ratione Avitum veneno tollere conatus sit, cognoscite.

Sessia, die Mutter des Angeklagten, war nach dem Tode seines Vaters zuerst mit dem Aurius Melinus, ihrem bisherigen Schwiegersohne, welcher eben auf ihre Verlockung seine Gattinn, ihre Tochter, zur Scheidung getrieben hatte,

in die zweite Ehe getreten; und als dieser in den Sullanischen Unruhen vom Oppianicus ermordet worden, hatte sie Letzteren, den Mörder ihres zweiten Gatten, wieder geheirathet. Oppianicus war also des Cluentius Avitus Stiefvater, und wollte diesen aus dem Wege räumen, um sein Vermögen an sich zu reißen. Cicero sagt nun: Avitus hatte kein Testament gemacht, weil er eine solche Mutter weder mit einem Legate bedenken mochte, [65]) noch es anständig hielt, sie ganz mit Stillschweigen zu übergehen; wenn er aber ohne Testament starb, so fiel sein ganzer Nachlaß der Mutter zu. Dieser Anfall konnte ersichtlich nur durch den Erwerb der B. P. unde cognati erfolgen, welche Cicero demnach als ein so bekanntes Institut behandelt, daß er es gar nicht für nöthig hält, die Sache noch irgend näher zu erörtern. [66])

Wenn unser Autor nun weiter erzählt, Oppianicus habe beabsichtigt nach Erreichung seines Anschlages gegen den Cluentius auch dessen Mutter, seine Gattinn, zu tödten, um sodann ihr durch die Verlassenschaft des Sohnes vergrößertes Vermögen selber zu lucriren, so könnte man darauf verfallen, hierin eine Andeutung der B. P. unde vir et uxor sehen zu wollen. Dieser Schluß wäre indessen doch zu gewagt; denn das Vermögen der Sessia konnte bei ihrem Todesfalle auf viele andere Arten, als durch jene B. P. an ihren Gatten gelangen. Ohne daß wir nemlich an eine Ehe mit in manum conventio zu denken brauchen, in welcher

[65]) Von einer Erbeinsetzung der Mutter konnte nach der Lex Voconia überall nicht die Rede seyn.

[66]) Wir müssen übrigens annehmen, daß entweder Cluentius selbst, oder schon sein Vater ein emancipirter Sohn gewesen sey; denn sonst würde er wohl Agnaten gehabt haben, wie denn auch in der obigen Stelle (*cap.* 60.) eben ein Numerius Cluentius genannt wird. Jeder Agnat aber, auch der Entfernteste, schloß bekanntlich den ordo cognatorum aus.

schon bei Lebzeiten der Frau ihr ganzes Gut Eigenthum des Mannes ward, — denn eine solche Ehe mochte wohl nicht nach dem Geschmacke der Sessia seyn, — konnte Letztere ja durch Testament den Oppianicus zu ihrem Erben ernannt haben, oder ihm den ihr angefallenen Nachlaß des Sohnes in dotem geben, welche nach damaligem Rechte beim Tode der Ehefrau im Vermögen des Mannes blieb; [67]) und auf Anwendung eines dieser Mittel mochte die Absicht des Oppianicus gegangen seyn. Nichts desto weniger halte ich es doch für sehr wahrscheinlich, daß beide ordines der B. P., die unde cognati und die unde vir et uxor zusammen eingeführt sind, indem für Beide gleichzeitig dasselbe Bedürfniß vorhanden war, und daß also auch der letztere ordo schon in der Ciceronianischen Periode existirte.

Durch die Einführung dieser beiden neuen Ordnungen mußte nun das Institut der B. P. manche Modificationen erleiden.

Zuvörderst sind die von dem ursprünglichen Charakter der B. P. abweichenden Eigenthümlichkeiten ins Auge zu fassen, welche diese bonorum possessiones unde cognati und unde vir et uxor wenigstens für sich selber, mit Nothwendigkeit bedingten.

Bei Ertheilung der B. P. an die Cognaten und an den überlebenden Ehegatten liegt nicht, wie bei den ursprünglichen beiden Ordnungen, ein Rechtsstreit zwischen Gegnern, die sich Beide jure civili zur hereditas berufen glauben, als Veranlassung dieses Jurisdictions-Actes vor; sondern es ist eben nothwendige Voraussetzung, daß gar kein heres vorhanden sey. Demnach verlor auch die B. P. hiebei ihren Charakter als Einleitung eines Processes. Selbst wenn meh-

[67]) cf. Ulp. *tit.* 6, § 5. Eine von der Frau selbst bestellte dos war adventitia.

rere Competenten sich zur B. P. dieser Art meldeten und sie einander streitig machten, so konnte der Prätor solche doch nicht an einen Judex verweisen, damit dieser etwa über ihr Erbrecht entscheide, (denn beide hatten streng juristisch gar kein Erbrecht,) sondern eine extraordinaria cognitio mußte dann die Stelle des judicium vertreten. Eben so aber, wie man bei einem geregelten Rechtszustande jeden Streit über Erbrecht, gleich allen Processen, nur als Ausnahme betrachten darf, und unbestrittene Succession in den Nachlaß der Verstorbenen in Fällen der Beerbung nach Civilrecht auch bei den Römern die Regel ausgemacht haben wird, wo denn Prätor und Judex mit der ganzen Sache gar nichts zu thun hatten, eben so werden auch in den allermeisten Fällen, in denen die neuen Classen der B. P. zur Anwendung kamen, nur Einer, oder etwa mehrere gleich Nahe, die gemeinschaftlich berechtigt waren, die B. P. in Anspruch genommen haben, ohne daß ein Widersacher dagegen aufgetreten wäre. Dennoch konnten diese nicht, wie die Civilerben, der Hülfe des Prätors entrathen; denn nur beneficio praetoris erhielten sie überall ein Recht auf den Nachlaß, und nur, wenn ihnen auf ihre Bitte die B. P. vom Magistrate ertheilt war, konnten sie von dem Interdictum Quorum bonorum und von den actiones fictitiae irgend Gebrauch machen.

Also kurz: Eines Theils hatte bisher die Ertheilung der B. P. lediglich zur contentiosa jurisdictio praetoris gehört, für die neuen Ordnungen wurde sie in den bei weitem mehrsten Fällen ein Act seiner voluntaria jurisdictio; und hierauf beruhet vorzugsweise der Unterschied der pro tribunali (oder causa cognita, interposito decreto,) und der de plano data B. P., welcher nur die Form der Er-

theilung betrifft; [68]) — Andern Theils ward die Nachsuchung der B. P. für alle zu den neuen ordines gehörenden Personen sogleich eine nothwendige, (necessaria,) wogegen die in den ursprünglichen ordines begriffenen Civilerben nur zufällig, nemlich im Falle eines Rechtsstreites über die hereditas, genöthigt gewesen waren, sich um die B. P. zu bewerben.

Eine andere nothwendige und sehr wichtige Folge ist, daß bei der an Erbcompetenten aus diesen beiden ordines zu ertheilenden B. P., eben weil kein Gegner vorhanden war, welcher dem bonorum possessor die **hereditas** streitig machte, auch die stipulatio pro praede litis et vindiciarum und überhaupt jede Cautionsbestellung wegfallen mußte.

Endlich hängt mit der Einführung dieser beiden neuen Ordnungen auch das Successorium edictum zusammen, über welches ich jedoch zweckmäßiger weiterhin reden werde,

[68]) *De plano* heißt: außerhalb der öffentlichen Gerichtssitzungen, die der Prätor auf dem, auf dem Forum befindlichen, Tribunal hielt; also auch in seinem Hause. cf. *Fr.* 3, § 8. *de B. P.* und *Fr.* 2, § 1. *quis ordo in possessionibus servetur.* Wie nun sonst immer die Verfügungen per decretum, (nach vorhergegangener causae cognitio,) und die per libellum, (auf einseitigen Antrag,) unterschieden werden, (Vgl. z. B. *Fr.* 9, § 2. *de officio proconsulis.* und *Fr.* 71. *de R. J.*) so wird auch die B. P. de plano danda durch oblatio libelli erbeten seyn. Der sie Nachsuchende überreichte dem Prätor einen kurzen schriftlichen Antrag, (libellus,) in welchem er anzeigte, wessen B. P., und in welchem ordo, als ihm deferirt, er in Anspruch nehme, worauf denn der Magistrat, — sobald nur nicht aus dem Antrage selbst der Mangel einer Berechtigung des Supplicanten hervorging, als in welchem Falle Letzterer unbezweifelt zurückgewiesen ward, — eine schriftliche Bescheinigung, daß die B. P. erbeten und respective ertheilt sey, unter den Libell selber setzte, (subscriptio libelli,) und solchen dem Bittsteller zurückgab. (cf. Brissonius, *de V. S.* sub voce: *libellus.*) Ueber die rechtliche Wirkung dieser amtlichen Bescheinigung, und daß selbige nie die Kraft eines Decretes gehabt habe, wird im letzten Abschnitte dieses Aufsatzes gehandelt werden. Wahrscheinlich führte der Prätor ein Register über die von ihm auf solche Weise ertheilten bonorum possessiones, damit den Nachlaßgläubigern, die oft sehr großes Interesse hatten zu wissen und darzuthun, daß dieser oder jener der possessor bonorum ihres Schuldners geworden sey, Auskunft und Beweis gegeben werden konnte.

wenn jetzt erst zuvor entwickelt seyn wird, wie die eben gedachten, den beiden neuen Ordnungen angehörenden Eigenthümlichkeiten, in Verbindung mit einem andern neuern Institute, auch die aus den ursprünglichen beiden ordines zu ertheilende B. P. rückwirkend modificiren mußten.

Die ältesten Formen der Vindication, und also auch der hereditatis petitio, waren unstreitig die per legis actionem Sacramento und die dieser ganz Nachgebildete per sponsionem. Zu Cicero's Zeit war jedoch neben Beiden schon eine dritte, vom Prätor Eingeführte, im Gebrauche, nemlich die per formulam petitoriam. [69]) Diese Vindicationsart bot dem Kläger manche Vortheile dar, besonders hinsichtlich der Abkürzung des Verfahrens; [70]) indessen ging bei derselben dem Verfahren in judicio keine Besitzregulirung durch den Prätor (manus in jure consertae) vorher. [71]) Zwischen allen diesen verschiedenen Formen hatte der Kläger wohl meistens die Wahl. Denken wir uns nun einen heres, dem ein anderer Erbprätendent in Besitzergreifung des Nachlasses zuvorgekommen, und der deshalb sein Recht gerichtlich verfolgen will, so konnte diesem bald die eine, bald die andere Form zweckdienlicher seyn. War ihm nemlich im Edicte die B. P. vor seinem Gegner versprochen, und befand er sich im Stande die nöthige Sicherheit zu bestellen, so wäre er ein Thor gewesen, wenn er nicht per legis actionem oder per sponsionem procedirt hätte; denn auf diese Weise erhielt er sogleich den Besitz des Nachlasses, und seinen Gegner traf die Hauptbeweislast. Im umgekehrten Falle, z. B.

[69]) Vgl. Cicero, *in Verrem. Act.* 2, *lib.* 2, *cap.* 12.

[70]) Das Nähere hierüber behalte ich mir für einen im nächsten Hefte mitzutheilenden Aufsatz: Ueber das gegenseitige Verhältniß der altrömischen Vindicationsformen, vor.

[71]) Vgl. *Fr.* 15. *de except. rei judicatae.* (Gajus.) Siehe oben, pag. 24. Note 23.

wenn er selbst als Agnat ab intestato, der im Besitze befindliche Gegner aber in einem zwar mit sieben Siegeln versehenen, jedoch an sich ungültigen Testamente zur Succession berufen war, konnte er vorhersehen, daß der Prätor jedenfalls die Vindicien secundum tabulas testamenti, also seinem Gegner, geben werde; und da erheischte es meistens sein Interesse den kürzeren Proceß per formulam petitoriam zu wählen. Hiebei litt er auch sonst keinen Nachtheil; denn wenn gleich die Besitzregulirung durch den Prätor, und somit auch die Nöthigung des Gegners zur stipulatio pro praede litis et vindiciarum wegfiel, so mußte Letzterer doch auf Verlangen des Klägers die cautio judicatum solvi leisten, [72]) und hiemit war hinlänglich für seine Sicherheit gesorgt.

So konnten denn nun Processe über die Herausgabe einer hereditas vorkommen, ohne daß, wie es in älterer Zeit nothwendig gewesen war, die Ertheilung der B. P. an einen der Streitenden zur Einleitung des Verfahrens gedient hätte; aber eben so mußte es jetzt umgekehrt auch den Civilerben, eben so wie den Cognaten und dem überlebenden Ehegatten, gestattet werden, in allen den Fällen, wo Niemand ihnen die hereditas streitig machte, und also gar keine hereditatis petitio bevorstand, die B. P. vom Prätor de plano zu erbitten, die alsdann also weder litis ordinandae gratia ertheilt ward, noch den Bittenden zur Sicherheitsleistung verpflichtete. [73])

[72]) Vgl. Gaji *Inst.* 4, § 91.

[73]) Die Erlangung der B. P. konnte dem Civilerben oft sehr vortheilhaft seyn, indem er dadurch nicht nur des interdictum Quorum bonorum, sondern auch der actiones fictitiae theilhaftig wurde. Wollte z. B. ein Testamentserbe gegen einen Schuldner des Verstorbenen klagen und sich dabei lediglich auf das Civilrecht stützen, so mußte er sich auf alle, die Gültigkeit des Testaments betreffenden Einwendungen des Beklagten einlassen, und vielleicht die allerweitläuftigsten Beweise gegen

Noch eine andere Anwendung der B. P., die ebenfalls eine Anomalie gegen die ursprüngliche Bedeutung derselben enthält, mußte sich jetzt, nach Einführung einer principgemäßen Ertheilung der B. P. an non-heredes, von selbst geltend machen. Wie oben nachgewiesen ist, involvirte die Erbittung der B. P. von Seiten des zur hereditas Berufenen immer nothwendig auch zugleich die Erbschaftsantretung, falls solche nicht schon vorausgegangen war; denn wer die hereditatis petitio anstellte, oder als Beklagter aufnahm, behauptete eo ipso, daß er heres sey, also auch die hereditas durch Antretung, (oder cretio, oder pro herede gestio,) bereits erworben habe. Nun konnte aber in gar manchen Fällen eine hereditatis aditio dem Rechte nach etwas ganz Unmögliches seyn. [74]) Es war nemlich constanter Rechtsgrundsatz, daß, außer dem suus und dem necessarius heres, jeder, welchem eine hereditas deferirt wird, persönlich die Antretung erklären müsse, und alle Stellvertretung, — die nothwendige nicht weniger, als die freiwillige, — hiebei durchaus unzulässig sey. Für den impubes konnte weder der Vater, in dessen potestas er sich befand, noch der Tutor die hereditatis aditio gültig vornehmen, sondern er selbst mußte solches thun, jussu patris oder auctoritate tutoris.

einen chicanirenden Widersacher führen, wogegen er bei Anstellung der actio fictitia in Bezug auf seine Activ-Legitimation nichts weiter darzuthun hatte, als einmal, daß das Testament mit sieben Siegeln versehen sey, und zweitens, daß er die B. P. secundum tabulas vom Prätor erbeten habe. Kurz, es walteten dieselben Verhältnisse ob, welche es den Eigenthümer meistens gerathen finden lassen, statt der rei vindicatio, die actio Publiciana zur Hand zu nehmen.

[74]) Außer den im Folgenden erörterten Fällen gehören auch diejenigen hieher, wo der Status des Erblassers, oder des Erben selbst, noch ungewiß ist, und wo Letzterer nicht weiß, ob er testamentarisch oder ab intestato berufen ist, u. A. m. Hier ist immer die hereditatis aditio ganz unwirksam; allein der Prätor hilft durch eine provisorisch ertheilte B. P., die jedoch nur causa cognita und per decretum erlangt werden konnte. Vgl. v. Löhr, in: Magazin f. Philosophie und Geschichte des Rechts rc. Bd. 2, *pag.* 443—447.

Wie nun bei einem infans, welcher noch nicht sprechen kann? Hier mußte die Antretung der Erbschaft ausgesetzt bleiben, bis der Berufene die Jahre der infantia zurückgelegt haben würde; und wenn er vor dieser Zeit starb, so transmittirte er die ihm bloß deferirte hereditas nicht auf seine Erben, sondern sie war den Letzteren verloren. [75]) Durchaus Aehnliches fand bei dem furiosus, dem mente captus und dem surdus et mutus statt, wenn ihr Zustand von der Art war, daß er eine bestimmte und rechtsgültige Willenserklärung hinderte; denn der für diese Personen bestellte Curator konnte eben so wenig in ihrem Namen antreten, *(Fr. 90, pr. de acquir. l. omitt. her.)* als ein procurator absentis für den Verreiseten, und es mußte also mitunter viele Jahre lang unentschieden bleiben, ob der Berufene die hereditas acquiriren werde oder nicht.

Den vielen Nachtheilen und Unbequemlichkeiten, die hieraus sowohl für die Berufenen selbst, als auch für die Creditoren des Erblassers erwuchsen, half nun das Institut der B. P. in seiner neuen Ausdehnung auf die einfachste Weise ab. [76]) Nemlich zur Vertretung vor Gericht, sobald nur nicht eine legis actio in Frage stand, waren der Vater, der Tutor, der Curator, der Bevollmächtigte, und selbst der negotiorum gestor, wenn er de rato cavirte, durchaus

[75]) *Fr.* 8, § 1. und *Fr.* 9. *de acquir. l. omitt. her.* Ich bemerke ausdrücklich, daß hier vom älteren Rechte die Rede ist; denn bekanntlich hat Theodosius, in *c.* 18. *C. de jure deliberandi*, sowohl den Vater, als den Tutor autorisirt, im Namen des Sohnes oder des Pupillen, sobald diese infantes sind, jede denselben deferirte Erbschaft anzutreten, und ihnen also civilrechtlich zu erwerben.

[76]) Eine interessante Andeutung dieses Punktes finden wir bei Paulus, in: *Mos. et Rom legum collat.*, *tit.* 16, § 3. — Qui sui heredes sunt, ipso jure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi, aut infantes, et peregrinantes, quibus *(beneficium)* bonorum possessionis propter praetoriam actionem non erat necessarium.

berechtigt. [77]) Folglich konnten diese Personen auch die B. P., seit dieselbe nicht mehr allein bei Gelegenheit einer legis actio, sondern sogar de plano ertheilt ward, auch für ihre Pflegebefohlenen vom Prätor erbitten, und dieser Ausweg ersetzte dann oft fast ganz und gar die für den Augenblick unmögliche aditio hereditatis. [78]) Sobald nemlich die Delation der Erbschaft ab intestato geschehen, und der Pupill [79]) oder furiosus ganz allein berufen war, so mußte der Berufene den ganzen Nachlaß, dessen possessio ihm ertheilt ward, nothwendig auch auf seine Erben transmittiren, selbst wenn er starb, bevor er selber die Antretung der hereditas erklären konnte, denn da in der legitima hereditas keine successio ordinum et graduum statt fand, so wurde die Erbschaft, falls auch der Pupill oder

[77]) Gaji *Inst.* 4, § 82. Ueberhaupt ließen neben der legis actio auch die meisten übrigen Geschäfte des alten Civilrechts, wie Mancipation, Stipulation, Acceptilation u. s. w. gar keine Stellvertretung zu. Tutore auctore durfte ein Pupill solche Acte selber gültig vornehmen; wenn aber dieses Mittel propter infantiam nicht angewendet werden konnte, so blieb nichts übrig, als daß der Tutor dergleichen Geschäfte auf seinen eigenen Namen abschloß. Dagegen bei allen *negotia juris gentium*, zu welchen auch das Postuliren gerechnet wird, durfte der Tutor im Namen des Pupillen handeln.

[78]) Bei dem Folgenden ist von dem procurator oder negotiorum gestor absentis ganz abzusehen. Stirbt nemlich der Verreisete oder Verschollene, bevor er Nachricht von der für ihn erbetenen B. P. erhalten und dieselbe ratihabirt hatte, (ein voraufgegangenes Special-Mandat, nach geschehener und gekannter Delation ausgestellt, enthält schon an sich die Erbschaftsantretung und liegt also außer dem Bereiche unserer Betrachtung, cf. *Fr.* 25, § 4. *seqq. de acquir. l. omitt. her.*) so evanescirt auch die nachgesuchte B. P. von selbst, und zwar ex tunc; (eben deshalb mußte der procurator oder negotiorum gestor auch stets Caution bestellen;) und nur durch restitutio in integrum kann den Erben des absens geholfen werden. Vgl. *Fr.* 3, § 7. *de B. P.* und *Fr.* 30, *pr. Fr.* 48 und 86, *pr. de acquir. l. omitt. hered.* Beiläufig bemerke ich als Singularität, daß in Neuvorpommern der Curator eines Verschollenen durch ein Landesgesetz ermächtigt ist, die dem Letzteren anfallenden Erbschaften rechtsgültig für ihn anzutreten.

[79]) Einem filius familias freilich konnte in älterer Zeit, vor dem SCum Orphitianum, gar keine legitima hereditas ingenui deferirt werden. Wegen einer hereditas liberti siehe: *Fr.* 22. *de jure patronatus.*

furiosus sie nicht erworben hatte, doch jure civili Niemandem weiter deferirt; die B. P. aber war jenem rechtsgültig erworben, und so durfte auch nach seinem Tode kein anderer im Edicte hinter ihm Berufener dieselbe in Anspruch nehmen.[80] Anders freilich stellt sich die Sache, wenn coheredes vorhanden waren, oder, bei testamentarischer Delation, wenn Substituten und Intestaterben hinter dem Pupillen u. s. w. standen. Diesen, und ihren auf das jus civile gestützten Ansprüchen, konnte die für jenen erbetene B. P. nicht präjudiciren; und wenn der Pupill starb, ohne angetreten zu haben, so erwarben der coheres durch das jus accrescendi, oder der secundus heres oder der Intestaterbe durch Antretung, die von jenem nicht acquirirte hereditas, welche die Erben des Pupillen ihnen auszukehren gehalten waren. Indessen kommt doch auch bei diesem Falle, — wenigstens in der Zeit vor Hadrian, — der Einfluß der pro herede usucapio sehr in Betracht. Hatte der Pupill in Folge der ihm ertheilten B. P. den Besitz der Verlassenschaft gehörig erworben, (etwa durch einen ihm gehörenden und vom Tutor mit der Besitzergreifung beauftragten Sklaven,) und ein Jahr lang ruhig behalten, so waren alle zum Nachlasse gehörigen Gegenstände usucapirt, und die hereditas des Miterben oder Substituten u. s. w. blieb sine re. Nur eine den Letzteren von Anfang an bestellte Caution in Betreff der eventuellen dereinstigen Restitution des Nachlasses hätte dieser Wirkung der usucapio vorbeugen können; aber es findet sich keine Spur davon, und ist auch an sich höchst unwahrscheinlich, daß der Vater oder Tutor, die für

[80]) Dasselbe Ergebniß mußte natürlich auch immer dann eintreten, wenn dem Pupillen rc. nicht die hereditas, sondern die B. P. unde cognati deferirt war. Auch hier war durch die vom Tutor rc. erbetene B. P. jedem entfernteren Cognaten der Zugang zu dem Nachlasse abgeschnitten.

den Sohn oder den Pupillen die B. P. erbaten, irgend zur Cautionsbestellung genöthigt werden konnten. Was den curator furiosi betrifft, so konnte dieser bekanntlich die B. P. für seinen Curanden nur per decretum erhalten, und Justinian [81]) redet auch allerdings von inextricabilis dubitatio, magnum certamen, und multae ambages, welche in der classischen Zeit über die von ihm beim Erwerbe der B. P. zu bestellende Sicherheit obgewaltet hätten; vielleicht möchte sich aber dennoch hiebei ein Mißverständniß eingeschlichen haben; denn namentlich Papinianus in: *Fr.* 1. *de B. P. furioso etc.* erwähnt mit keiner Silbe einer Caution, die der Curator, wenn er für den furiosus die B. P. erbat, zu leisten gehabt hätte, sondern umgekehrt spricht er weitläuftig von den mehrfachen Cautionen, welche der hinter dem furiosus Berufene Letzterem bestellen mußte, falls er, weil eben der Curator die B. P. für seinen Curanden nicht agnosciren wollte, nun selber zu diesem Beneficium provisorisch admittirt wurde.

Ein sehr ähnliches Verhältniß, wie bei den eben bezeichneten Personen, finden wir bei dem unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzten Testamentserben. Dieser nemlich kann die hereditas nicht anders antreten und erwerben, als wenn die gestellte Bedingung eintritt. Bis zu dem Zeitpunkte also, wo es sich entscheidet, ob diese Bedingung in Erfüllung gehen werde oder nicht, ist der Erwerb der Erbschaft oder des betreffenden einzelnen Erbtheiles ganz in suspenso; denn die coheredes, oder substituti, oder

[81]) *c. ult.* (7) *C. de curatore furiosi.* Die Hauptstellen über die ganze hier behandelte Lehre von der durch Stellvertreter zu erwerbenden B. P. sind, außer den bereits beiläufig Angeführten, noch: *t. t. D. de B. P. furioso, infanti, muto, surdo, caeco competente.* — *Fr.* 1, § 2. 4. 5. und 7. *de successorio edicto. Fr.* 3, § 7. *Fr.* 7. 8. 15 und 16. *de B. P. Fr.* 6, *pr.* § 1. *de acquir. l. omitt. hered.* und *c.* 3. und 7. *C. qui admitti ad B. P. possunt.*

legitimi sind für jetzt noch viel weniger berufen, als der sub conditione institutus selber. Der Letztere aber, wenn gleich ihm die hereditas noch nicht deferirt worden, ist denn doch in einem mit sieben Siegeln versehenen Testamente primo gradu zum Erben eingesetzt; in seiner Person sind also die Erfordernisse, die das Edict für die B. P. secundum tabulas aufstellt, sämmtlich vorhanden, und deshalb ertheilt der Prätor ihm dieselbe. [82]) Deficirt nachher die Bedingung, so erlischt diese B. P. von selbst wieder, und der coheres, oder der substitutus, oder in deren Ermangelung der Intestaterbe, sind berechtigt alsdann die Herausgabe des Erbtheiles, oder respective der ganzen Erbschaft, nebst den inzwischen gezogenen Früchten zu verlangen. [83]) Eben darum aber muß der sub conditione scriptus auch sogleich bei Ertheilung der B. P. entweder durch die Muciana cautio, in den sich hiezu eignenden Fällen, oder auf andere Weise, seinem Miterben oder dem Substituirten gehörige Sicherheit bestellen. [84]) Ob auch dem legitimus, im Falle daß weder coheredes noch substituti vorhanden sind? — Ich zweifle, trotz der Allgemeinheit des Ausdruckes in *Fr.* 18. *de cond. et demonstr.*; denn bis die Bedingung defect geworden, bleibt es ja ganz ungewiß, wem überall einmal die Intestat-Succession werde deferirt werden, da nicht derjenige, welcher beim Tode des Testators der Nächste war, sondern der, welcher im Augenblicke, wo es sich entscheidet, daß Intestat-Succession eintrete, der Nächste seyn wird, zur

[82]) *Fr.* 23, *pr. de heredibus instit.* und *Fr.* 6. und 10. *de B. P. sec. tab.*

[83]) *Fr.* 1, § 7. *ad SCum Tertull.* — Ueber die tuitio praetoris, welche dem bonorum possessor hier in gewissen Fällen zu Theil wird, siehe unter andern *Fr.* 2, § 1. *de B. P. sec. tab.*

[84]) *Fr.* 7 und 18. *de cond. et demonstr.*, *Fr.* 4, § 1. *de condit. instit.* und *Fr.* 12 und 13. *qui satisdare cogantur.*

legitima hereditas berufen ist. (*Fr.* 2, § 6. *Fr.* 5. *de suis et legit. heredibus.)*

Solchemnach ergeben sich jetzt mehrere Fälle, in welchen gegen die frühere Regel theils Personen, welchen eine hereditas zwar deferirt worden, theils sogar solche, hinsichtlich derer die Delation noch ganz in suspenso ist, die B. P. erhalten können, ohne daß sie doch zugleich die Erbschaft antreten und dadurch jure civili heredes werden. Daneben aber erkennen wir hierin um so deutlicher den ursprünglich rein provisorischen Charakter der B. P., als eines bloß vorläufigen Besitzrechtes, welches an und für sich gar keinen bleibenden Anspruch auf eine Verlassenschaft zu gewähren vermag.

Ich komme jetzt auf das successorium edictum.

Dem Civilrecht war bekanntlich bei der Intestat-Erbfolge die successio ordinum et graduum fremd. Allerdings wurde eine hereditas zuerst dem primo gradu Instituirten, wenn dieser repudiirte, den Substituirten nach ihrer Reihenfolge, und wenn alle testamentarisch Berufenen die Erbschaft ausschlugen, dem nächsten Intestaterben deferirt; allein wenn auch dieser die hereditas nicht erwarb, so fand eine weitere Delation nicht statt, sondern der Nachlaß war erblos. Ein Hauptmotiv bei Einführung der neuen ordines bonorum possessionis war es aber eben, die Erblosigkeit möglichst zu verhüten. Deshalb setzte der Prätor fest, daß die B. P., sobald der zunächst Berufene sie nicht erbitten wolle, dem Folgenden, und so durch alle Ordnungen und alle Grade in den einzelnen Ordnungen [85]) fort, angeboten und auf Bitte

[85]) Aus Gajus, (*Inst.* 3, § 28.) und aus § 7. *I. de legit. agnatorum successione,* ersehen wir, daß unter den classischen Juristen Streit darüber war, ob auch im ordo: unde legitimi eine successio graduum zulässig sey. Der Consequenz nach hätte diese Frage durchaus verneint werden müssen. Die Worte des Edicts: Tum quem ei

ertheilt werden solle. Diese fortlaufende Delation konnte nun auch dem Wesen des ganzen Institutes nach nicht dadurch abgeschnitten und beendigt werden, daß der durch das Civilrecht Berufene die hereditas antrat und erwarb; sondern, wenn dieser nicht zugleich die B. P. agnoscirt hatte, so konnte der hinter ihm zu dieser Letzteren Eingeladene solche dennoch erwerben. Schon ursprünglich wurde ja, wenn ein Testament auch an sich ungültig, aber doch mit sieben Siegeln versehen war, die B. P. gegen den Intestaterben, qui hereditatem adiit, und secundum tabulas ertheilt, wobei Letzterem nur überlassen blieb, sein Erbrecht im judicium de hereditate geltend zu machen. Eben so wurden also die folgenden Ordnungen der B. P. durch den Erwerb der Erbschaft von Seiten des heres ganz und gar nicht ausgeschlossen. [86])

heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset, *(Fr. 1. unde legitimi.)* können nur den nach Civilrecht zur Intestatfolge Berufenen bezeichnen. Wenn aber ein Suus abstinirt, oder in Ermangelung eines Solchen der nächste Agnat repudiirt hatte, so war Niemandem mehr die legitima hereditas deferirt; und folglich konnte ein entfernterer Agnat auch gar nicht behaupten: ab intestato se heredem esse oportere. Er war nicht legitimus, und konnte also nur im ordo: unde cognati die B. P. ansprechen. Daß Ulpian namentlich auch dieser Ansicht gewesen sey, sehen wir aus *Fr.* 1, § 11. *de success edicto*, wo er sagt: der Suus, auch wenn er die bonorum possessiones: unde liberi und unde legitimi versäumt habe, könne noch immer die B. P. unde cognati mit Effect erbitten. Dieser Satz würde falsch seyn, wenn ein entfernterer Agnat irgend die B. P. unde legitimi hätte erhalten können; denn alsdann müßte Letzterer die B. P. unde cognati des Suus nothwendig ausgeschlossen haben. Justinian, in § 7. *I. cit.* hat sich mit Papinian (cf. *Fr.* 9, *pr. unde cognati.*) für die entgegengesetzte Ansicht entschieden, was grade in Betracht seiner um so inconsequenter ist, als er sonst immer die Rechte der Cognation begünstigt, und zuletzt sogar in *Nov.* 118, *cap.* 4. das agnatische Erbrecht, als solches, ganz und gar aufgehoben hat.

[86]) Dieser Punkt ist sehr wichtig in Bezug auf die Folgen des beneficium abstinendi. Der suus heres erwarb die hereditas ipso jure, und nach Civilrecht blieb er auch heres, wenn gleich der Prätor ihn zum beneficium abstinendi zugelassen hatte. cf. *Fr.* 57, *pr. de acquir. l. omitt. hered.* Folglich hörte bei dem Suus, auch wenn er instituirt, und seiner Einsetzung nur nicht die Clausel: „si volet" beigefügt war, (cf. *Fr.* 12. *de conditt. institt.*) jede weitere delatio hereditatis, sogar an die

Ferner, nach Civilrecht konnte der heres voluntarius überall nicht gezwungen werden, sich über die aditio oder repudiatio hereditatis zu erklären. Er durfte diese Erklärung aufschieben, so lange er wollte, und nur, wenn die Creditoren des Erblassers bei dem Prätor darauf antrugen, konnte dieser dem zur hereditas Berufenen eine Frist stecken, binnen welcher er sich über die Antretung zu entscheiden habe, widrigenfalls nach Ablauf dieser Frist die ganze Verlassenschaft den Gläubigern zum Besitze und Verkaufe überantwortet werden solle. Theils um diesem Uebelstande abzuhelfen, theils damit bei der angeordneten successio ordinum et graduum jeder eventuell Berufene ein bestimmtes Merkmal erhalte, woraus er wahrnehmen könne, wann an ihn die Reihe zur Erwerbung der B. P. gekommen sey, erließ nun der Prätor das successorium edictum. [87]) In

ihm etwa Substituirten, auf; denn die Bedingung der Substitution: „si filius meus heres non erit" ward ipso jure defect, sobald der Sohn den Vater nur überlebte. (Selbst der coheres konnte nicht gezwungen werden, den Erbtheil, von welchem der Suus abstinirt hatte, mit zu übernehmen. *Fr.* 55. 56. 61. 98 und 99. *de acquir. l. omitt. hereditate.*) Dagegen die B. P. in Betreff eines Nachlasses, von welchem der Suus abstinirt hatte, ward nichts desto weniger den folgenden Ordnungen und Graden angeboten. cf. *Fr.* 1, § 6, 10 und 11. *de success. edicto. Fr.* 1, § 7. *Si quis omissa causa testamenti.* und *Fr.* 6, § 2 und 3. *de bonis libertorum.* Sobald aber einmal die B. P. in irgend einer Ordnung erbeten ist, so cessirt augenblicklich alle weitere Delation derselben ipso jure, so daß, selbst wenn derjenige, der die B. P. agnoscirt hatte, durch eine in integrum restitutio zum beneficium abstinendi zugelassen wird, sein nächster Hintermann keinen Anspruch mehr auf die B. P. machen kann. cf. *Fr.* 2. *de success. edicto.* Eine Anomalie, daß, selbst nachdem durch in integrum restitutio das beneficium abstinendi ertheilt war, dennoch sogar die hereditas weiter deferirt wird, findet sich in *Fr.* 1, § 10. *Fr.* 2, § 8 und 10. *ad SCum Tertull.*

[87]) Oft wird unter dem Ausdrucke: successorium edictum der ganze Theil des prätorischen Edictes, der sich auf die B. P. im allgemeinen bezieht, verstanden, und vielleicht mag dies die alte ächtrömische Bedeutung seyn. Hier sind aber nach dem heutigen juristischen Sprachgebrauche, der auch allerdings die Autorität der Titel-Ueberschriften: *D.* 38, 9. und *C.* 6, 16. für sich hat, nur die Vorschriften des Edicts gemeint, welche sich auf die Fristen beziehen, während derer ein Competent nach dem Andern die B. P. nachsuchen darf oder muß.

diesem setzte er für jeden zur B. P. Berufenen eine bestimmte Frist fest, [88]) während welcher er sie erbitten (petere, agnoscere, admittere bonorum possessionem,) müsse, widrigenfalls sie ihm verloren seyn, und dem zunächst hinter ihm Berufenen eröffnet werden solle.

Daß diese Vorschriften zu gleicher Zeit mit den beiden neuen Ordnungen der B. P., oder wenigstens nicht früher in das Edict aufgenommen worden, ist wohl mehr als wahrscheinlich. So lange nemlich die Ertheilung der B. P. lediglich bei Einleitung des judicium de hereditate geschah, hätte das successorium edictum gar keinen Sinn gehabt; allein von dem Augenblicke an, seit durch Hinzufügung der ordines: unde cognati und unde vir et uxor eine neue Successions-Art in den Nachlaß eines Verstorbenen mittelst der B. P. eingeführt wurde, erscheint auch eine solche Bestimmung über die Fristen, binnen derer ein Competent nach dem Andern von diesem beneficium praetoris Gebrauch machen solle, als durchaus nothwendig. Der Hauptzweck freilich, „ne bona hereditaria vacua sine domino diutius „jacerent, et creditoribus longior mora fieret," (Ulp. in *Fr.* 1, *pr. de success. edicto.*) ward nur unvollständig erreicht; denn wenn z. B. der filius suus drei volle anni utiles, also mitunter vielleicht die doppelte Zahl von bürgerlichen Jahren, im Ganzen Zeit hatte, bevor der nach ihm berufene Cognat die B. P. agnosciren und ihn selbst ausschließen konnte, [89]) so war damit für die Gläubiger eben nicht viel gewonnen.

[88]) Für Eltern und Kinder des Erblassers ein Jahr in jedem ordo und gradus, in welchem ihnen die B. P. angeboten wird; für jeden Andern hundert Tage; alles utile tempus, ratione initii sowohl, als cursus. *Fr.* 1, § 8. *sequ. de success. edicto.*

[89]) cf. *Fr.* 1, § 11. *de success. edicto.* und *Fr.* 4, § 1. *quis ordo in poss. servetur.* Es kommt hiebei indessen in Betracht, daß im Zeitalter der classischen Jurisprudenz das utile tempus bei der

Wenn nun vorher gezeigt ist, daß seit Anwendung der petitoria formula das judicium de hereditate nicht mehr nothwendig auch eine vorhergehende Ertheilung der B. P. bedingte, und umgekehrt, daß seit Einführung der beiden neuen ordines und des successorium edictum, auch in allen nicht streitigen Successionsfällen dem heres die B. P. angeboten ward, so bleibt jetzt noch zu erörtern, ob und welche Nachtheile dem Civilerben daraus erwachsen konnten, wenn er es versäumte oder verschmähete, dieses beneficium praetoris zu erbitten.

Es sind in dieser Hinsicht die beiden Fälle zu unterscheiden, daß entweder der heres sich selbst im Besitze des Nachlasses befand, oder dieser in den Händen eines andern Erbprätendenten war, welcher, obwohl erst hinter Jenem zur B. P. berufen, doch dieselbe dem Edicte gemäß gültig erworben hatte, weil eben der heres durch den Ablauf der ihm gesteckten Frist von diesem beneficium ausgeschlossen war.

Der letzte Fall ist eigentlich schon oben (pag. 58, f.) mit besprochen. Dem heres bleibt die hereditatis petitio

de plano zu erbittenden B. P. ganz anders und bei weitem kürzer, als bei der per decretum zu Ertheilenden berechnet ward. *Fr.* 2, *pr.* § 1. und 2. *quis ordo in poss. serv.* Ueberdies konnten aber auch die Creditoren in diesem abnormen Falle, wo dem Suus eine Frist von drei anni utiles zur Agnition bleibt, Letzteren doch schon gleich nach des Erblassers Tode, als Civilerben, was er ja ipso jure geworden war, in Anspruch nehmen; und wenn er dann auf die gegen ihn erhobene Klage erklärte, daß er abstinire, so wurde, nach meiner Ueberzeugung wenigstens, (arg. *Fr.* 6, § 2 und 3. *de bonis libertorum.*) diese Erklärung auch zugleich als Repudiation der B. P. betrachtet, welche demnach sofort weiter deferirt ward, ohne daß der Ablauf der dem Suus sonst zustehenden Frist abgewartet werden durfte. *Fr.* 1, § 6. *de success. edicto.* Endlich ist auch nicht zu übersehen, daß vor Einführung der im folgenden Abschnitte dieses Aufsatzes zu besprechenden B. P. unde liberi, der suus heres nicht drei, sondern nur zwei Jahre Frist hatte, nemlich im ordo: unde legitimi Ein Jahr, und im ordo: unde cognati das Zweite. Im letzteren ordo überdies concurriren mit dem Suus, wenn er Sohn des Erblassers ist, die Eltern, und wenn er Enkel ist, sogar die Geschwister des Verstorbenen; ja die Eltern und die Wittwe des defunctus, wenn diese in manu mariti gewesen war, schließen den nepos suus im ordo cognatorum gänzlich aus.

völlig ungekränkt, und sobald er mit dieser obtinirt hat, muß ihm der bonorum possessor die Verlassenschaft restituiren, und wird also bonorum possessor sine re. Jener verliert demnach durch seine Versäumniß weiter nichts, als daß er das interdictum Quorum bonorum und die fictitiae actiones nicht zur Hand nehmen durfte. [90]) Einige Beispiele dieser Art führt Gajus in seinen Institutionen aus.

lib. 3, § 35. Ceterum saepe quibusdam ita datur bonorum possessio, ut is, cui data sit, *(non)* optineat hereditatem: quae bonorum possessio dicitur sine re. § 36. Nam si uerbi gratia iure facto testamento heres institutus creuerit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod iure ciuili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona uocantur, possunt petere bonorum possessionem: sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres euincere hereditatem possit. § 37. Idem iuris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimo iure: nam et agnato competit quidem bonorum possessio, [91]) sed sine re, cum euinci hereditas a filio herede possit. et illud conuenien*(ter dice)*tur: si ad agnatum iure ciuili pertinet hereditas, et hic adierit hereditatem, sed bonorum possessionem petere noluerit, etsi quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem. § 28. Sunt et alii

[90]) cf. Gaji *Inst. L.* 3, § 34. und *L.* 4, § 144. Wenn Gajus hier vom Civilerben, der die B. P. erbeten hat, sagt: in eo solo uidetur aliquam utilitatem habere, quod .... interdicto, cuius principium est quorum bonorum, uti possit; so übersieht er zufällig die fictitiae actiones. Vgl. oben, Note 73.

[91]) Gajus statuirt hier also die successio graduum im ordo unde legitimi.

quidam similes casus, quorum aliquos superiore commentario tradidimus. [92])

Vergegenwärtigen wir uns jetzt den ersten Fall. Ein Erbe, welcher die ihm jure civili angefallene hereditas gehörig erworben, und zugleich ohne allen Widerspruch eines Dritten von dem Nachlasse Besitz genommen hat, hält es deshalb nicht für nöthig, die ihm angebotene B. P. sich ertheilen zu lassen, eben weil er sich schon im ruhigen Besitze befindet, und materiell sowohl, als unter dem Schutze des Civilrechts alle die Vortheile bereits genießt, welche ihm die prätorische Einweisung in den Besitz der bona irgend gewähren könnte. Die Frist für ihn läuft ab, und nun tritt sein nächster Hintermann auf, — ein substitutus oder legitimus oder proximus cognatus, — der bisher nicht im mindesten die Miene gemacht hat, als schreibe er sich irgend ein Recht auf die Erbschaft zu, agnoscirt die ihm eröffnete B. P., und stellt jetzt gegen den besitzenden heres das Interdict an. Wird er hiemit obtiniren? — Dem Wortlaute des successorium edictum nach ist er allerdings in seinem Rechte, und demgemäß würde der heres ihm die Verlassenschaft vorläufig ausliefern müssen, wogegen es diesem unbenommen bliebe, hinterher wieder mit der hereditatis petitio gegen den bonorum possessor zu klagen; denn wie oben (pag. 40.) entwickelt ist, war, dem Wesen des ganzen Institutes nach, die Einrede: *ni ipse heres sim*, gegen das Interdict eben so unzuläßig, wie etwa die exceptio dominii gegen das interdictum Utrubi.

Allein das prätorische Recht athmet nicht die starre, strenge, buchstäbliche Consequenz des Dodekadeltos, und seine Quelle, das Edict, ist ja eben das Organ der jene Conse-

[92]) lib. 2, § 119. 148 und 149. Diese Stellen sind im folgenden Abschnitte dieses Aufsatzes noch genauer zu besprechen.

quenz mildernden aequitas. Wie sollte es sich denn hier wohl zum Werkzeuge hergegeben haben, um grade gegen das Civilrecht eine schreiende Unbilligkeit zu begünstigen und durchzusetzen! Solchemnach läßt sich schon im voraus vermuthen, daß der Prätor zu dergleichen Chicanen nicht die Hand geboten haben werde, und nur das fragt sich, auf welche Weise er dem heres geholfen haben möge.

Das Interdict durfte freilich dem bonorum possessor hier eben so wenig verweigert werden, als vorher die B. P. selber, und der Einwand allein: er sey jure civili heres, konnte den Beklagten nicht schützen; indessen tritt hier das Moment hinzu, daß Letzterer außerdem auch zugleich der nach der Rangordnung des Edictes zuerst Berufene war, und also, wenn er früherhin gewollt hätte, auch die B. P. mit Ausschließung des Klägers würde haben erwerben können. Sein Gegner nun, welcher aus dem zufälligen Umstande, daß der heres in Betracht der ihm bisher von Niemandem streitig gemachten Ausübung seines Rechtes die Nachsuchung der B. P. für überflüßig erachtet hatte, [93]) einen prekären Vortheil ziehen will, befindet sich demnach in dolo, und zwar um so mehr, als er sich vorhersagen kann und muß, daß, wenn er auch in gegenwärtigem Processe siege, der he-

[93]) Diese factische Ausübung aller in der B. P. liegenden Befugnisse von Seiten des heres, — z. B. er befriedigt die Nachlaßgläubiger, zieht Erbschaftsforderungen ein, u. s. w. — könnte selber sogar als ein Surrogat der agnitio bonorum possessionis betrachtet werden, eben so wie ja die pro herede gestio auch ganz die Stelle der hereditatis aditio vertritt. Aehnlich interpretirt Papinian die accusatio falsi testamenti von Seiten des cognatus proximus als ein Ersatzmittel der versäumten agnitio bonorum possessionis. — *Fr* 14. *de B. P.* Cum quidam propinquus falsum testamentum accusaret, ac post longum spatium temporis probasset: licet dies ei petendae possessionis, quam forte certus accusationis petere debuit, cessisse videtur: attamen, quia hoc proposito accusationem instruit, ut suum jus sibi servet, adgnovisse successionem non immerito videbitur. — Man bemerke, daß hier nicht einmal von einem heres, sondern von einem propinquus (Cognaten) die Rede ist, der ohne das Beneficium der B. P. gar nicht zur Succession gelangen konnte.

res dennoch in dem danächst bevorstehenden judicium de hereditate wieder obtiniren werde. So zweifle ich denn nicht, daß der Prätor in solchem Falle die exceptio: *nisi ipse heres sim, et simul ex edicto praetoris bonorum possessio priori loco mihi dari potuisset,* oder mit andern Worten eine exceptio doli mali, dem beklagten heres gegeben haben wird, der dann eben zur Begründung dieser Einrede jene beiden Facta: Erwerb der hereditas, und daß er priori loco zur B. P. berufen gewesen sey, in judicio erweisen mußte.

Diese Annahme wird durch mehrere Stellen unserer Rechtsbücher unterstützt. Anstatt daß nemlich Gajus im oben Mitgetheilten immer nur sagt: heres evincere hereditatem potest, was auf eine Klage, also die hereditatis petitio, gedeutet werden muß, lesen wir in: *Fr.* 10. *de collatione.* (Scaevola.) Folgendes:

> Si filius in potestate heres institutus adeat, et emancipato petente bonorum possessionem contra tabulas, ipse non petat: nec conferendum est ei: et ita Edictum se habet: sed magis sentio, ut, quemadmodum pro parte hereditatem retinet, jure eo, quod bonorum possessionem petere posset, ita et conferri ei debeat.

Der filius emancipatus hat die B. P. contra tabulas nachgesucht, der instituirte suus nicht. Den Worten des Edictes nach kann also Ersterer die ganze Verlassenschaft mit dem Interdicte in Anspruch nehmen, denn er ist alleiniger bonorum possessor; dennoch aber behält (retinet, nicht evincit,) der filius suus seinen Kopftheil, und zwar jure eo, quod bonorum possessionem petere pos-

set,[94]) obgleich er die B. P. eben nicht erbeten hat. Ferner ist in *Fr.* 11, § 2. *de B. P. secundum tab.*[95]) und in *Fr.* 1, § 3. *Si a parente quis manumissus sit.* von der exceptio doli die Rede, die unter gewissen Umständen dem Civilerben gegen einen im Edicte sogar vor ihm berufenen bonorum possessor, welcher ihn mit dem Interdicte belangt, gegeben wird; um wie viel eher also wird sie dem heres in solchen Fällen bewilligt seyn, wo der klagende bonorum possessor erst hinter ihm vom Prätor berufen war.[96])

Ganz anders freilich wird sich die Sache stellen, wenn der zur hereditas Berufene zwar den Besitz des Nachlasses ergriffen, sich aber nicht über die Antretung der Erbschaft erklärt hat. Allerdings durfte er die ihm deferirte Verlassenschaft custodiae causa an sich nehmen, ohne daß diese Handlung juristisch als pro herede gestio anzusehen war, und es mochte

[94]) *Posset* steht hier für *potuisset;* denn sobald der filius suus institutus aus dem Testamente die Erbschaft angetreten hat, (*adeat*) darf er, commisso per alium edicto, nicht mehr auf die B. P. contra tabulas recurriren, selbst wenn die Agnitionsfrist noch unverstrichen ist. Die B. P. secundum tabulas ist aber wirkungslos, und kann gar nicht einmal ertheilt werden, sobald ein Anderer die B. P. contra tabulas erhalten hat.

[95]) Die Interpretation dieser Stelle und der Beweis, daß sie eben von dem interdictum Quorum bonorum handle, wird am Schlusse des folgenden Abschnittes dieses Aufsatzes gegeben werden.

[96]) Daß wir nicht mehrere und entscheidendere Stellen in unsern Rechtsquellen finden, erklärt sich sehr einfach. Eines Theils nemlich war der ganze Prachtbau des altrömischen Actionenrechts zu Justinian's Zeit längst untergegangen, und alles hierauf Bezügliche in den Schriften der classischen Juristen ward als unnütze Antiquität bei Seite geworfen; andern Theils war auch die alte Form der agnitio bonorum possessionis schon durch Constantius (*c.*2. *C. qui admitti ad B. P.*) als überflüßig aufgehoben, so daß die Erklärung: man trete die Erbschaft an, jene völlig ersetzte. In dem hier besprochenen Falle mußte also der heres juristisch auch als bonorum possessor anerkannt werden, und eine Collision, wie die im Texte Erörterte, konnte gar nicht mehr vorkommen. Folglich hatten alle Stellen der alten Juristen, die sich speciell hierauf bezogen, für die Compilatoren kein besonderes Interesse, und es ist natürlich, daß sie solche nicht, wenigstens mit Absicht nicht, in die Pandekten aufnahmen.

oft sehr bequem seyn, besonders bei einigermaßen verwickelten Vermögensverhältnissen des Defunctus, auf diese Weise längere Zeit im ruhigen Genusse zu bleiben, und doch den ihre Befriedigung fordernden Creditoren sagen zu können, man deliberire noch über die Antretung. [97]) Dieses angenehme Verhältniß wäre aber jedenfalls durch Agnition der B. P. beendigt worden; denn diese involvirt zugleich die hereditatis aditio, und verpflichtet auch schon an sich zur Bezahlung der Erbschaftsschulden. Solche Betrachtungen konnten also häufig den berufenen heres veranlassen die B. P. absichtlich nicht zu erbitten, wie sie denn umgekehrt bei dem Prätor eben ein Hauptmotiv zur Einführung des successorium edictum abgegeben hatten. Wenn dann nun, nach abgelaufener Agnitionsfrist, der in der Rangordnung des Edictes auf den heres Folgende sich die B. P. ertheilen ließ, so kam hiedurch die Sache unmittelbar zur Entscheidung. *(c. 4. C. unde legitimi etc.)* Der heres muß entweder jetzt augenblicklich noch antreten, um die obgedachte exceptio doli gegen das zu fürchtende Interdict mit Erfolg erbitten zu können, oder aber dem klagenden bonorum possessor den Besitz des Nachlasses überantworten. Wählt er das Letztere, ohne jedoch zugleich die hereditas zu repudiiren, so kann er freilich nachher noch immer antreten, und dann die hereditatis petitio gegen den bonorum possessor anstellen; aber sicher mußte der Letztere hiebei dann als bonae fidei

[97]) Solche Fälle werden bei den Römern eben so gewöhnlich gewesen seyn, als bei uns mit dem beneficium inventarii vielfacher Mißbrauch getrieben wird; und so dürfen wir uns auch die bona vacua sine domino jacentia *(Fr. 1, pr. de success. edicto.)* fast nie als eine ohne Aufsicht für jeden Liebhaber frei und offen daliegende Gütermasse vorstellen. Für die Sicherung der Activa sorgen die zur Erbschaft Berufenen immer sehr eilig, während sie die Passiva gerne vorläufig auf sich beruhen lassen. Wie weit übrigens die Dispositionsbefugniß des deliberirenden Erben gehe, zeigt sich in *Fr. 5 — 9. de jure deliberandi.* und *Fr. 20. de acquir. l. omitt. hereditate.*

possessor behandelt werden, wodurch, sowohl in früherer Zeit, als auch nach dem SCum Juventianum, der klagende Erbe mancherlei Einbußen ausgesetzt war. [98])

So viel über die beiden juris supplendi s. emendandi causa eingeführten ordines bonorum possessionis, und über die Wirkungen ihrer Einführung, wobei ich nur noch schließlich darauf aufmerksam machen will, daß beide Ordnungen gegen die B. P. secundum tabulas immer, und also auch dann zurückstehen mußten, wenn das Testament, aus welchem diese ertheilt war, vor dem jus civile überall nicht zu Recht bestehen konnte. War das Testament nur mit sieben Siegeln versehen, so kam es gar nicht weiter in Frage, ob es wegen mangelnder Solemnitäten ungültig, oder ob es rumpirt sey, oder an Nullität leide; denn sobald kein Civilerbe gegen den bonorum possessor secundum tabulas mit der hereditatis petitio auftreten konnte, sondern nur Cognaten oder eine Wittwe des Erblassers vorhanden waren, so durften diese gar nicht einmal zur agnitio bonorum possessionis zugelassen werden, viel weniger konnten sie mit dem Interdicte wider einen Gegner obtiniren, der die B. P. secundum tabulas, also in einer weit frühern Ordnung erworben hatte, als in welcher sie selbst erst berufen waren. Jener mußte demnach unangefochten im Besitze des Nach-

[98]) Vor Hadrian konnte der bonorum possessor in diesem Falle unbezweifelt usucapiren, (denn wenn der heres den Nachlaß auch eben vorher schon in Besitz gehabt hatte, so hatte er doch nicht als heres ihn besessen,) und auch Alles, was er vor der litis contestatio an Früchten und sonst wirklich verzehrt hatte, ging dem heres verloren; aber auch nach dem Senatus-Consult war der b. f. possessor hereditatis in vieler Hinsicht begünstigt, indem er nur dolus zu prästiren hatte, alle impensae ohne Ausnahme ersetzt erhielt, dasjenige, was er in Betracht der ihm angefallenen Erbschaft supra solitum für sich und seine guten Freunde aus derselben aufgewandt hatte, nicht zu erstatten brauchte, und sogar die Zinsen des Kaufgeldes für etwa von ihm veräußerte Nachlaßsachen völlig lucrirte. Vgl. meinen Aufsatz: Ueber die H. P. im Rhein. Museum f. Jurispr., Bd. 4, pag. 181 und 186, ff.

lasses bleiben, und ihn in Jahresfrist durch Usucapion vollständig erwerben. [99])

Im Bisherigen ist nun die B. P. auf der Stufe ihrer Entwickelung dargestellt, welche sie zu Cicero's Zeit erreicht hatte. Wir sehen demnach, daß dieses Institut damals noch sehr weit davon entfernt war, eine von der hereditas ganz getrennte, oder gar ihr feindlich gegenüberstehende Universal-Succession zu begründen. Das Edict schloß sich in diesem Zeitpunkte noch dem Civilrechte sehr enge an, und beabsichtigte vorzugsweise, dem muthmaßlichen Erben die Befugniß zur Ausübung aller den Inhalt der hereditas bildenden Rechte interimistisch zu gewähren. Selbst wenn im concreten Falle die B. P. einem Andern als dem wirklichen Erben ertheilt ward, so geschah dies doch nicht vorsätzlich, um das Recht des Letzteren zu schmälern, sondern eben nur, weil seine Berechtigung nicht sogleich auf den ersten Anblick zu erkennen war, und sein Gegner nach den im Edicte festgestellten Kennzeichen die Präsumtion für sich hatte. Das judicium de hereditate entschied erst definitiv darüber, wem die Erbschaft nach Civilrecht gebühre. Wurde der bonorum possessor, — der präsumtive Erbe, — durch den Spruch des Judex als wirklicher heres anerkannt, so ging das interimistische Recht aus der B. P. in dem

[99]) Hier erkennen wir den ersten schwachen Anfang der rechtlichen Geltung des späterhin so genannten prätorischen Testamentes, als einer eigenen Species der letztwilligen Verordnungen; worüber im folgenden Abschnitte ausführlicher zu handeln ist.

Nur in so ferne durfte ein Cognat in unserm Falle die B. P. ab intestato in Anspruch nehmen, und gegen den bonorum possessor secundum tabulas mit dem Interdicte auftreten, als er zu behaupten vermochte, die B. P. secundum tabulas sey nicht gültig erworben, weil das Testament gar nicht einmal die Beschaffenheit habe, welche das Edict voraussetze. *Fr.* 7, § 6. *de Carb. edicto.* (Julianus.) **Interdum etiam exheredatus filius — bonorum possessionem accipiet, — ab intestato unde liberi: quia neget tabulas testamenti patris tales esse, ut secundum eas bonorum possessio dari possit.** cf. *Fr.* 6. *de B. P. secundum tabulas.* und Cicero, *ad diversos.* 7, 21.

Umfassenderen und Bleibenden der hereditas von selber auf, oder verlor wenigstens seine selbständige Bedeutung; wenn dagegen die hereditas dem Kläger zugesprochen wurde, so mußten nothwendig eo ipso auch alle mit der dem Beklagten ertheilten B. P. verknüpften Befugnisse sofort erlöschen. Letzterer blieb zwar dem Namen nach bonorum possessor, aber er war es sine re; denn die ganze Verlassenschaft mußte dem heres ausgehändigt werden. Nur dann konnte jenes interimistische Recht in der Person eines non-heres zu einem Dauernden und Unwiderruflichen sich umgestalten, wenn eben Niemand existirte, der einen civilrechtlich gültigen Anspruch auf die hereditas zu machen befugt oder Willens war.

Daß nun Fälle dieser letzten Art durch die Einführung der ordines: unde cognati und unde vir et uxor häufiger werden mußten, springt in die Augen; aber eben so klar ist es auch, daß der Prätor durch Aufnahme dieser Ordnungen in das Edict seine Befugnisse gewiß nicht überschritten habe. Er kränkte ja hiemit Niemandes Recht, sondern sicherte, — auch ganz abgesehen von der Billigkeit, die darin lag, die nächsten Angehörigen eines Verstorbenen, in Ermangelung von Civilerben, bei der allgemein erlaubten Besitzergreifung des nachgelassenen Vermögens zu begünstigen, — eben auf diese Weise den Gläubigern des Erblassers ihre volle Befriedigung, so daß also selbst durch Einführung der beiden neuen ordines indirect auch das Civilrecht neue Stützen erhielt.

IV. Völlige Ausbildung des ganzen Rechts-Institutes.

B. P. juris civilis impugnandi causa recepta.

Wir kommen jetzt zu den Fällen, in welchen das Institut der B. P. absichtlich dazu angewandt wurde, um dem Civil-Erbrechte theilweise zu derogiren, d. h., wo dem endlichen praktischen Erfolge nach der bonorum possessor dem heres absichtlich vorgezogen wurde, so daß er den Nachlaß ganz oder zum Theil erwarb, und der heres mit seinen auf das Civilrecht gestützten Ansprüchen ganz oder zum Theil gegen ihn zurückstehen mußte.

Hieher gehören sowohl die ordines: contra tabulas und unde liberi, als auch diejenigen Fälle der B. P. secundum tabulas, in denen der bonorum possessor, trotz dem, daß das Testament, auf welches er sich beruft, nach Civilrecht ungültig ist, dennoch gegen denjenigen, welcher die hereditas ex testamento oder ab intestato acquirirt hat, völlig geschützt werden soll. Ganz besonders muß aber die Untersuchung darauf gerichtet werden, einmal, welche Mittel der Prätor zur Erreichung des beabsichtigten Zweckes in Anwendung brachte, und zweitens, wie er es überall wagen durfte, sein Edict in feindliche Opposition gegen das Civilrecht zu bringen, und Letzteres, durch Einführung und Befolgung ihm gradezu widersprechender Vorschriften, in einzelnen Punkten eigentlich fast ganz aufzuheben.

Die beiden erstgedachten Ordnungen: contra tabulas und unde liberi, von denen zuvörderst die Rede seyn wird, begreifen durchaus eine und dieselbe Classe von Personen, [100])

[100]) Siehe oben pag. 35, Note 37.

nemlich die liberi des Erblassers, d. h. diejenigen, welche sich bei dem Tode des Letztern in seiner Gewalt entweder wirklich befinden, oder doch befinden würden, wenn nicht eine capitis deminutio dazwischen getreten wäre, und welche zugleich, wenn sie es nicht etwa schon vorher waren, eben durch diesen Todesfall sui juris werden. Beide Ordnungen sind eingeführt, um den emancipirten Kindern ein fast gleiches Erbrecht, wie den Sui nach dem jus civile zustand, zu ertheilen. Die sui heredes bildeten, wenn Intestaterbfolge eintrat, die erste Classe der legitimi, und schlossen alle Agnaten aus; ein Testament aber, worin ein filius suus des Testators weder instituirt noch nominatim exheredirt worden, war schon nach Civilrecht ein testamentum nullum oder ruptum, je nachdem der filius suus vor oder nach Errichtung des Testamentes geboren war, [101]) und der übergangene Sohn wurde also in beiden Fällen Intestaterbe. Jetzt bewilligte der Prätor, neben den in der potestas gebliebenen Kindern, auch den Emancipirten, und andern mit diesen auf gleiche Stufe gestellten Nachkommen des Erblassers, die B. P., und zwar eben so wohl gegen ein Testament, in welchem sie präterirt waren, (B. P. contra tabulas,) als auch ab intestato gegen die legitimi, (B. P. unde liberi,) so daß sie in beiden Fällen mit den sui heredes concurrirten, alle extranei aber ganz und gar ausschlossen. Die B. P. contra tabulas wurde von nun an also die erste Ordnung, welcher die B. P. secundum tabulas als zweite folgte; an diese reihete sich drittens die B. P. unde liberi, nach welcher dann die B. P. unde legitimi erst den vierten

[101]) Präterirte Töchter und Enkel, die sui heredes waren, rumpirten zwar, als posthumi, das Testament ganz eben so, wie der filius posthumus, sonst aber machten sie das Testament nicht zu einem nullum, sondern hatten nur das jus accrescendi auf eine portio virilis, worüber weiter unten ein Mehreres.

Platz einnahm, der sich endlich, als fünfte und sechste, die bonorum possessiones: unde cognati und unde vir et uxor anschlossen. [102])

Die Ertheilung der B. P. würde indessen dem Emancipatus (so wie den ihm Gleichgestellten) wenig geholfen haben, wenn nun der Civilerbe die hereditatis petitio gegen ihn hätte zur Hand nehmen dürfen; denn der Judex konnte dann nicht anders als für den Kläger erkennen, und den Emancipatus zur Herausgabe der Erbschaft verurtheilen, wodurch Letzterer dann zum bonorum possessor sine re geworden wäre. Das kürzeste Mittel diesem Laufe der Sache vorzubeugen war es nun, wenn der Prätor dem heres gradezu die Klage verweigerte, actionem non dabat, und also bei der Aufnahme der beiden genannten Classen in das Edict die Clausel hinzufügte, daß er gegen bonorum possessores dieser Ordnungen keine Klageanstellung (hereditatis petitio) gestatten werde. [103])

Es fehlt nicht an bestimmten Zeugnissen, daß dieser Weg wirklich vom Prätor eingeschlagen sey.

[102]) Daß ich hier die ordines, welche sich auf die bona capitis deminuti und liberti beziehen, übergehe, liegt in dem oben (pag. 46.) ausgesprochenen Plane dieses Aufsatzes.

[103]) Es versteht sich von selbst, daß diese Verweigerung der H. P. sich nur auf den Theil der Verlassenschaft erstreckt, welcher dem bonorum possessor nach den Bestimmungen des Edicts gebührt. Es stehen z. B. ein filius suus und ein emancipatus einander gegenüber, und Letzterer agnoscirt die B. P. contra tabulas oder unde liberi, während Ersterer als institutus oder ab intestato Civil-Erbe wird, und die B. P. ausschlägt. Eben so, wie hier der bonorum possessor, wenn der suus den ganzen Nachlaß besitzt, das Interdict gegen diesen nur auf die Hälfte der bona richten kann, widrigenfalls ihm die exceptio doli mit Erfolg opponirt wird, (Siehe oben pag. 73 ff.) so darf er umgekehrt, wenn er den Besitz des Ganzen ergriffen hat, von dem filius suus mit der hereditatis petitio auf die Hälfte der Verlassenschaft belangt werden. *Fr.* 5, § 7. *de Legatis praest. contra tab.* (Ulp.) Ad eum autem modum talibus personis succurrendum est, ut ampliore quidem, quam virili portione hereditatis data, usque ad virilem tueantur: in minorem autem eatenus actiones his tribuantur, quatenus scriptae sunt.

Das älteste Beispiel einer contra tabulas ertheilten B. P., obwohl nicht der hier in Frage stehenden Art zu Gunsten des Emancipatus, finden wir wieder bei Cicero, und zwar ebenfalls in der Rede gegen den Verres. *(Actio secunda, liber* 1. *de praetura urbana. cap.* 40—44.) Die Stelle ist für unsere ganze Untersuchung zu interessant, als daß ich es mir versagen könnte, sie ungekürzt mitzutheilen.

cap. 40. — Ita me de praeturae criminibus auditote, ut ex utroque genere, et juris dicundi, et sartorum tectorum exigendorum, ea postuletis, quae maxime digna sunt eo reo, cui parvum ac mediocre objici nihil oporteat. Nam ut praetor factus est, [104]) qui auspicato a Chelidone [105]) surrexisset, sortem nactus est urbanae provinciae, magis ex sua et Chelidonis, quam ex populi Romani voluntate. qui principio, qualis in edicto constituendo fuerit, cognoscite. *cap.* 41. P. Annius Asellus mortuus est, C. Sacerdote praetore. [106]) Is, cum haberet unicam filiam, neque census esset; quod eum natura hortabatur, lex nulla prohibebat, fecit, ut filiam bonis suis heredem institueret. heres erat filia: faciebant omnia cum pupilla, legis aequitas, voluntas patris, edicta praetorum, consuetudo juris ejus, quod erat tum, cum Asellus est mortuus. Iste, praetor designatus (utrum admonitus, an tentatus, an, qua est iste sagacitate in his rebus, sine duce ullo, sine indice, pervenerit ad hanc improbitatem, nescio: vos tantum hominis audaciam amentiamque

[104]) nemlich Verres.

[105]) scortum ipsius.

[106]) Sacerdos war der unmittelbare Vorgänger des Verres in der praetura urbana.

cognoscite) appellat heredem L. Annium, qui erat institutus secundum filiam (non enim mihi persuadetur, istum ab illo prius appellatum,) dicit se posse ei condonare edicto hereditatem; docet hominem, quid possit fieri. illi bona res, huic vendibilis videbatur. Iste, tametsi singulari est audacia, tamen ad pupillae matrem submittebat. malebat pecuniam accipere, ne quid novi ediceret, quam ut hoc edictum tam improbum et inhumanum interponeret. Tutores, pecuniam praetori si pupillae nomine dedissent, grandem praesertim; quemadmodum in rationem inducerent, quemadmodum sine periculo suo dare possent, non videbant: simul et istum fore tam improbum non arbitrabantur. saepe appellati, pernegaverunt. Iste ad arbitrium ejus, cui condonarat hereditatem ereptam liberis, quam aequum edictum scripserit, quaeso, cognoscite. Cum intelligam, Legem Voconiam. Quis umquam crederet, Verrem mulierum adversarium futurum? an ideo aliquid contra mulieres fecit, ne totum edictum ad Chelidonis arbitrium scriptum videretur? Cupiditati hominum ait se obviam ire. Quid potius, non modo his temporibus, sed etiam apud majores nostros, quis tam remotus fuit a cupiditate? Dic, quaeso, cetera. [107]) delectat enim me hominis gravitas, scientia juris, auctoritas. Qui ab A. Postumio, Q. Fulvio censoribus, postve ea fecit, fecerit. Fecit, fecerit? Quis umquam edixit isto modo? quis umquam ejus rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum, neque ante edictum provideri potuit? *cap.* 42. Jure, legibus, auctoritate omnium, qui consu-

[107]) Cicero hat seinen Amanuensis, der das Edict des Verres vorlesen muß, unterbrochen, und heißt ihn jetzt fortfahren.

lebantur, testamentum P. Annius fecerat, non improbum, non inofficiosum, non inhumanum. quod si ita fecisset; tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi juris constitui oporteret. Voconia lex te videlicet delectabat. Imitatus esses ipsum illum C. Voconium, qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini, neque mulieri: sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem, neve mulierem faceret. In lege Voconia non est, fecit, fecerit: neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur, nisi ejus rei, quae sua sponte scelerata ac nefaria est, ut, etiam si lex non esset, magnopere vitanda fuerit. Atque in his rebus multa videmus ita sancta esse legibus, ut ante facta in judicium non vocentur. Cornelia, testamentaria, nummaria, ceterae complures: in quibus non jus aliquod novum populo constituitur, sed sancitur, ut, quod semper malum facinus fuerit, ejus quaestio ad populum pertineat, ex certo tempore. De jure vero civili siquis novi quid instituit, is omnia, quae ante acta sunt, rata esse patitur. Cedo mihi leges Atinias, Furias, Fusias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnes praeterea de jure civili; hoc reperies in omnibus statui jus, quo post eam legem populus utatur. Qui plurimum tribuunt edicto, praetoris edictum legem annuam dicunt esse. Tu edicto plus complecteris, quam lege. Si finem edicto praetoris afferunt Kalendae Januarii, cur non initium quoque edicti nascitur, a Kalendis Januarii? an in eum annum progredi nemo poterit edicto, quo praetor alius futurus est: in illum, quo alius praetor fuit, regredietur? Ac [108]) si hoc juris, non unius

[108]) Ich möchte *At* lesen. Cicero geht hier auf einen neuen Vorwurf über, nemlich daß der Legate keine Erwähnung im Edicte

causa hominis edixisses, cautius composuisses. *cap.* 43. Scribis, si quis heredem fecit, fecerit. Quod si plus legarit, quam ad heredem, heredesve perveniat, quod per legem Voconiam ei, qui census non sit, licet: cur hoc, cum in eodem genere sit, non caves? quia non generis, sed hominis causam verbis amplecteris: ut facile appareat, te pretio esse commotum. Atque hoc si in posterum edixisses, minus esset nefarium: tamen esset improbum: sed tum vituperari posset; in dubium venire non posset. nemo enim committeret. nunc est ejusmodi edictum, ut quivis intelligat, non populo esse scriptum, sed P. Annii secundis heredibus. Itaque cum a te caput illud tam multis verbis, mercenario prooemio esset ornatum: ecquis est inventus postea praetor, qui illud idem ediceret? non modo nemo edixit; sed ne metuit quidem quisquam, ne quis ediceret. Nam post te praetorem multi testamenta eodem modo fecerunt: in his nuper Annia. Ea de multorum propinquorum sententia, pecuniosa mulier, quod censa non erat, testamento fecit heredem filiam. Itaque hoc magnum judicium hominum de istius singulari improbitate, quod Verres sua sponte instituisset, id neminem metuisse, ne quis reperiretur, qui istius institutum sequi vellet. Solus enim tu inventus es, cui non satis fuerit corrigere voluntates vivorum, nisi etiam rescinderes mortuorum. Tu ipse ex Siciliensi edicto hoc sustulisti. voluisti, ex improviso si quae res natae essent, ex urbano edicto decernere. quam postea tu tibi defensionem relinquebas, in ea maxime offendisti, cum tuam auctoritatem

geschehen sey. Darum müßte auch hier eigentlich das neue Capitel anfangen.

tute ipse edicto provinciali repudiabas. *cap.* 44. Atque ego non dubito, quin, ut mihi, cui filia maxime cordi est, res haec acerba videatur, atque indigna; sic unicuique vestrum, qui simili sensu, atque indulgentia filiarum commovemini. Quid enim natura nobis jucundius, quid carius esse voluit? quid est dignius, in quo omnis nostra diligentia, indulgentiaque consumatur? Homo importunissime, cur tantam injuriam P. Annio mortuo fecisti? cur hunc dolorem cineri ejus atque ossibus inussisti, ut liberis ejus bona patria, voluntate patris, jure, legibus tradita, eriperes, et, cui tibi esset commodum, condonares? Quibuscum vivi bona nostra partimur, iis praetor adimere, nobis mortuis, bona, fortunasque poterit? Nec petitionem, inquit, nec possessionem dabo. Eripies igitur pupillae togam praetextam? detrahes ornamenta non solum fortunae, sed etiam ingenuitatis? Miramur, ad arma contra istum hominem Lampsacenos isse? miramur istum de provincia decedentem clam Syracusis profugisse? nos, si alienam vicem pro nostra injuria doleremus, vestigium istius in foro non esset relictum. Pater dat filiae: prohibes. leges sinunt: tamen te interponis. De suis bonis ita dat, ut ab jure non abeat. Quid habes, quod reprehendas? nihil, opinor. At ego concedo: prohibe, si potes: si habes qui te audiat: si potest tibi dicto audiens esse quisquam. Eripias tu voluntatem mortuis, bona vivis, jus omnibus? Hoc populus Romanus non manu vindicasset, nisi te huic tempori atque huic judicio reservasset?

Wir sehen aus dieser Erzählung: Asellus hatte seine einzige Tochter zur Erbinn eingesetzt, und ihr einen Agnaten Lucius Annius substituirt. Schon während der Prätur des

Cajus Sacerdos war er mit Tode abgegangen, und Niemand hatte bisher seiner Tochter die Erbschaft streitig gemacht; Verres aber, als designirter Prätor, verständigt sich mit dem substituirten Erben, und richtet nun sein Edict so ein, daß dieser den Nachlaß erhalten mußte. Die Edicts-Stelle wird etwa so gelautet haben:

> **Cum intelligam, legem Voconiam parum observari, ut hominum saluberrimae hujus legis evertendae cupiditati obviam eatur, si quis ab A. Postumio, Q. Fulvio, censoribus, postve ea, virginem mulieremve heredem fecit, fecerit: ejus hereditatis nec petitionem nec possessionem scriptae heredi dabo.**

Hiernach erhielt folglich Annius nicht nur die B. P. contra tabulas Aselli, [109]) sondern der Tochter des Testators wurde auch die hereditatis petitio gegen jenen verweigert. So konnte sie denn ihr Recht auf keine Weise geltend machen, und L. Annius, dem sie den våterlichen Nachlaß ausliefern mußte, blieb bonorum possessor cum re.

Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, in wie ferne Verres durch diese pars edicti dem derzeitigen Civilrechte Gewalt angethan habe. Cicero, der überhaupt ja ein großer Feind der lex Voconia war, geht in seiner Beschuldigung vielleicht etwas zu weit. [110]) Uns interessirt hier

[109]) oder eigentlich contra primum gradum testamenti.

[110]) Vgl. Hasse, „Zur Lex Voconia." im Rhein. Museum f. Jurispr., Bd. 3, pag. 183 ff. Das „*fecit*, *fecerit*," verdient gewiß keinen Tadel, obgleich selbst Hasse, l. c. pag. 194, eine Zurückdatirung darin finden will. Sobald nur hinter den Worten: *postve ea*, das Wort: *census*, eingeschoben gedacht werden dürfte, wäre das Edict dem Civilrechte durchaus gemäß; denn, falls das Testament wirklich gegen die lex Voconia verstieß, konnte es nicht darauf ankommen, wann es errichtet worden, sondern nur darauf, wann es dem Prätor zur Beurtheilung vorgelegt werde. Uebrigens ist der Einwand, daß der Erblasser nicht censirt worden, da Cicero

nur die Form, deren sich der Prätor bediente, um den von ihm begünstigten bonorum possessor gegen den Civil-Erben zu schützen, und die Ansprüche des Letzteren zu beseitigen.

Ganz dieselbe Form finden wir nun auch in einer Erzählung des Valerius Maximus (*lib.* 7, *cap.* 7, § 5.) wieder.

Egregia est quoque C. Calpurnii Pisonis praetoris urbani constitutio. Cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querelam detulisset: bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est.

Der Vater postulirt die Querel, und dem geltenden Rechte gemäß hätte der Prätor Piso die Entscheidung den Centumvirn anheim stellen, den eingesetzten Erben aber die Vindicien secundum tabulas geben müssen. Aus persönlicher Indignation jedoch, setzt er sich über die Formen des Rechts hinaus und usurpirt die Befugnisse des Centumviral-Gerichts, indem er nicht nur dem Terentius die B. P. contra tabulas filii in adoptionem dati zubilligt, wodurch unmittelbar nichts weiter erreicht worden wäre, als daß der Vater aus dem Verhältnisse des Klägers in das des Beklagten übertrat, sondern auch den instituirten Erben die hereditatis petitio verweigert, und somit jeden weitern Proceß abschneidet.

Auf solche Weise war die Sache immer ein für allemal beendigt. Nur durch Appellation der Consuln oder der Tribunen oder des zweiten Prätors [111]) hätte der Civilerbe

doch selbst von grandis pecunia redet, eine der gewöhnlichen schlechten Ausflüchte, um das Gesetz zu umgehen.

[111]) Nach heutigem Sprachgebrauche müßte ich sagen: Appellation an die Consuln rc.

sich möglicherweise helfen können; aber schwerlich würde Einer von diesen gegen das Edict selber intercedirt haben. Lucius Piso, des Verres College in der Prätur, intercedirte häufig gegen den Letztern; [112]) indessen stets doch nur in solchen Fällen, wo dieser gegen sein eignes Edict decretirt hatte. Als Verres der Tochter des Asellus die B. P. sowohl als die hereditatis petitio verweigerte, fand sich Niemand, der intercediren wollte; denn Verres hatte hier seinem Edicte gemäß gesprochen.

Nach alle diesem dürfen wir wohl nicht zweifeln, daß auch bei Einführung unserer hier besprochenen beiden ordidines bonorum possessionis der Prätor, um der beabsichtigten neuen Erbfolge-Ordnung praktische Wirksamkeit zu verschaffen, sich desselben Mittels bedient haben wird, welches schon von Verres und L. Piso nach dem Obigen zu gleichen Zwecken angewandt worden war. Die Clausel: in eum, cui ex hoc capite edicti hereditatis possessionem dedero, petitionem denegabo: war hinreichend den Civilerben auszuschließen. Der Emancipatus erhielt den Besitz des Nachlasses, das Interdict und die actiones fictitiae, und somit die Möglichkeit zu usucapiren; weshalb er denn, da er gegen die hereditatis petitio des Civilerben gesichert blieb, dem

[112]) Cicero, *l. c. cap.* 46. Et, cum edictum totum eorum arbitratu, quamdiu fuit designatus, componeret, qui ab isto jus ad utilitatem suam nundinarentur: tum vero in magistratu contra illud edictum suum sine ulla religione decernebat. Itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste aliter, atque ut edixerat, decrevisset. quod vos oblitos esse non arbitror, quae multitudo, qui ordo ad Pisonis sellam isto praetore, solitus sit convenire, quem iste collegam nisi habuisset, lapidibus coopertus esset in foro. sed eo leviores istius injuriae videbantur, quod erat in aequitate prudentiaque Pisonis paratissimum perfugium: quo sine labore, sine molestia, sine impensa, etiam sine patrono homines uterentur.

praktischen Erfolge nach als wirklicher Erbe zu betrachten war. [113])

Ich komme jetzt zur Untersuchung der Frage über die Befugniß des Prätors, dem Civilrechte in dieser Weise zu derogiren.

Nach der Römischen Staatsverfassung zur Zeit der Republik konnte jeder Magistrat während seiner Amtsverwaltung allerdings mit großer Willkür verfahren, und Alles, was der Prätor edicirt hatte, behielt für die Dauer seiner Magistratur völlige Rechtskraft. Als ein Zügel, wodurch diese Willkür einigermaßen beschränkt ward, ist dagegen das Recht der Anklage zu betrachten, welche jeder aus dem Volke nach Niederlegung des Amtes gegen den jetzt wieder Privatmann gewordenen Prätor erheben durfte. So sehen wir ja, wie Cicero eben noch nach Jahren den Verres unter andern auch wegen der Abfassung seines prätorischen Edictes zur Rechenschaft zieht, und ihn der dabei geübten Willkürlichkeiten als wirklicher Verbrechen (crimina praeturae in edicto constituendo) zeihet. Also zuweilen mochte freilich ein Prätor, auf die Gefahr künftiger Anklage hin, das Recht beugen, und, wie eben Verres, für Geld oder um Gunst gegen das Civilrecht ediciren; aber schwerlich läßt sich annehmen, daß eine dem jus civile so gewaltsam derogirende

[113]) Daß wir im C. J. keine Andeutung weiter, als etwa in *Fr.* 5, § 7. *de legat. praest. contra tab.*, (Vgl. oben Note 103.) von dieser Behandlungsweise der Sache finden, darf uns nicht befremden. Nachdem die bonorum possessiones contra tabulas und unde liberi bereits ein Jahrhundert und länger bestanden hatten, verstand sich die Unzuläßigkeit der hereditatis petitio gegen die mit ihnen Beliehenen schon so sehr von selbst, daß Gajus, Ulpian und Paulus wohl kaum Veranlassung finden konnten, ausdrücklich zu erwähnen, der Prätor habe den Civilerben die H. P. im Edicte verweigert. Noch weniger aber hatte die Sache für die Compilatoren Interesse; und wenn also auch hin und wieder bei den älteren Juristen Andeutungen über die processualische Behandlung dieser ordines vorkamen, so ist es sehr begreiflich, daß solche Stellen, zumal bei dem ganz veränderten Gerichtswesen und Actionenrechte, in die Justinianischen Rechtsbücher nicht aufgenommen wurden.

und so durchgreifende Maßregel, wie die Einschaltung der Ordnungen contra tabulas und unde liberi in das successorium edictum, und die Versagung der hereditatis petitio gegen die bonorum possessores dieser Art, jemals von einem Prätor auf eigne Hand und ohne höhere Autorisation gewagt seyn sollte. Noch mehr! Eine willkürlich edicirte Clausel solches Inhaltes würde schwerlich alsbald von den Nachfolgern des ersten Erfinders in ihren Edicten wiederholt seyn, wie denn Cicero eben seinen dem Verres gemachten Vorwürfen dadurch noch größeres Gewicht zu geben sucht, daß er sagt, kein späterer Prätor habe die Verrinischen Clauseln in sein Edict übertragen mögen. — Ecquis est inventus postea praetor, qui illud idem ediceret? (*cap.* 43.) — Quid nunc dicam? neminem umquam postea alium edixisse? (*cap.* 45.) Nun finden wir aber, daß die dem Emancipatus verliehene contra tabulas B. P., und folglich auch die in unmittelbarem und nothwendigem Zusammenhange damit Stehende unde liberi, [114]) in sehr kurzem Zeitraume ein stetiges Rechtsinstitut und ein Theil des Edictum translatitium geworden seyn müsse.

Was nemlich die Zeit ihrer Einführung betrifft, so ist schon im Vorigen nachgewiesen, daß um das Jahr 684 a. u. (70 v. Chr.), als Cicero den Verres anklagte, von der B. P. contra tabulas und unde liberi noch gar nicht die Rede war; aber auch in allen späteren Schriften des Cicero († 711 a. u. 43 v. Chr.) sucht man vergeblich nach einer

[114]) Daß beide ordines gleichzeitig eingeführt seyen, halte ich für durchaus unzweifelhaft. Beide beruhen ja auf demselben Principe einer fingirten rescissio capitis deminutionis, (*Fr.* 6, § 1. *de B. P.* und *Fr.* 3, § 5. *de B. P. contra tab.*) und begreifen auch dieselben Classen von Personen; (Vgl. oben pag. 35, und Note 37, daselbst.) sogar concurriren können Beide mit einander in einem und demselben Nachlasse, wie unten im zweiten Aufsatze dieses Heftes nachgewiesen ist. Auf keinen Fall übrigens kann die contra tabulas B. P. älter seyn, als die B. P. unde liberi.

Spur von ihr. [115]) Dagegen sehen wir aus *Fr.* 8, § 11. *de B. P. contra tabulas*, wie dieses Institut schon zu Labeo's Zeit nicht nur in's Leben getreten, sondern schon ziemlich ausgebildet war, indem bereits damals eine eigne Clausel des Edictes den instituirten, aber in adoptiva familia befindlichen Söhnen, commisso per alium edicto, die Nachsuchung der contra tabulas B. P. gestattete. [116]) Seit Cicero's Tode, oder seit der bald nachher erfolgten Schlacht bei Philippi, war nun August der eigentliche Herr von Rom, und seit der Schlacht bei Actium (723 a. u. 31 v. Chr.) Alleinherrscher des ganzen orbis Romanus. Unter seine Regierung aber fällt die Blüthe und schriftstellerische Thätigkeit des Labeo; und so können wir also kaum umhin, die Einführung der besprochenen beiden ordines bonorum possessionis in das Augustische Zeitalter zu setzen.

Steht dies nun einmal fest, so erhellt wohl von selbst, daß unter August's Herrschaft ein Prätor noch weit weniger, als zur Zeit des Freistaates, es wagen durfte, so bedeutende Rechtsänderungen eigenmächtig vorzunehmen; vielmehr

[115]) Siehe oben, pag. 34 f. Hierin stimmt Förster, *de B. P. liberorum praeteritorum contra tabulas parentum, pag.* 142. mit mir überein. Wenn er aber aus dem Vorhandenseyn des Carbonianum edictum schließt, daß auch die B. P. contra tabulas bereits zur Zeit der sterbenden Republik eingeführt gewesen sey, so ist dieser Schluß nach dem Obigen (pag. 38.) wohl nicht ganz zutreffend; ja *pag.* 236, Note 74, *l. c.* behauptet Förster sogar selber, daß der filius suus schon als Civilerbe, und ohne die B. P. edictalis agnoscirt zu haben, die Carboniana mit Erfolg erbitten könne, so daß also das edictum Carbonianum nicht bloß als praetorio juri, sondern auch als jari civili aptatum zu betrachten sey; welche Behauptung ich jedoch nur auf sich beruhen lassen kann.

[116]) (Ulpianus.) In adoptionem datos filios non summoveri Praetor voluit, modo heredes instituti sint: et hoc justissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in totum extranei sunt: ergo si fuerunt heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem: sed ipsi soli non committent Edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis, qui solent committere Edictum. — War der in Adoption Gegebene nur bedingt eingesetzt, so erlosch auch seine contra tabulas B. P., sobald die Bedingung deficirte. *Fr.* 11, *pr. de B. P. contra tab.*

dürfen wir wohl gradezu **August** selber als ihren Urheber bezeichnen. Es ist ja bekannt genug, wie sehr viel Neues dieser eben im Erbrechte schuf; und eben so bekannt ist es, daß er zur Durchführung dieser Neuerungen sich der althergebrachten republicanischen Formen zu bedienen pflegte. So ließ er durch das Volk die Lex Julia de vicesima hereditatum und die Lex Papia Poppaea s. Caducaria beschließen; so befahl er den Consuln, durch ihre Autorität für die Aufrechthaltung der Fideicommisse zu sorgen; so überwies er den Juristen die Einführung und Ausbildung des von ihm begünstigten Institutes der Codicille; so endlich unterwarf er, consularia oder tribunicia autoritate, die in Erbschaftsstreitigkeiten erlassenen Decrete der Prätoren seiner eignen Oberaufsicht und Remedur. [117]) Zugleich sehen wir aus diesen Zügen, daß **August** im Erbrechte die natürliche Billigkeit und die Ansprüche der Blutsverwandtschaft gegen die Strenge der civilrechtlichen Formen und gegen die Rechte aus der patria potestas und der Agnation geltend zu machen strebte. Hierauf eben deuten die Begünstigungen der Codicille und Fideicommisse im Gegensatze der Testamente und Legate, hierauf auch die von **Valerius Maximus** berichteten Decrete, [118]) die noch über das der

[117]) cf. § 1. *I. de fideicomm. hereditatt.* — *pr. I. de codicillis.* — Valerius Maximus, *lib.* 7, *cap.* 7, § 3 und 4.

[118]) Valer. Max. *l. c.* § 3. C. Tettium infantem a patre exheredatum, Petronia matre, quam Tettius, quoad vixit, in matrimonio habuerat, natum, D. Augustus in bona paterna ire decreto suo jussit: patris patriae animo usus: Quoniam Tettius in proprio jure procreato filio summa cum iniquitate paternum nomen abrogaverat.

§ 4. Septitia quoque mater Trachalorum Ariminensium, filiis irata, in contumeliam eorum, cum jam parere non posset, Publicio, seni admodum, nupsit, testamento etiam utrumque praeteriit. A quibus aditus D. Augustus et nuptias mulieris et suprema judicia improbavit. Nam hereditatem maternam filios habere jussit: dotem, quia non creandorum liberorum causa conjugium intercesserat, virum retinere vetuit.

contra tabulas B. P. zum Grunde liegende Princip hinausgehen, und die Stelle eines sonst nur vom Centumviral-Gerichte auf erhobene querela inofficiosi zu fällenden Urtheilsspruches einnehmen. Nach alle diesem ist also nichts wahrscheinlicher, als daß der Kaiser selber, unter Beirath seiner Juristen, beschlossen habe, den Emancipirten ziemlich gleiche Erbrechte wie dem filius suus einzuräumen, daß er aber die deshalb zu treffenden Bestimmungen nicht in ein Gesetz einkleiden wollte, sondern den Prätor anwies, denselben durch sein Edict rechtliche Geltung zu verschaffen [119])

Diese Annahme löset alle bisherigen Räthsel. Wenn der Prätor unter August's Autorität die dem jus civile derogirenden ordines in das Edict aufgenommen hatte, und wenn ihre Aufnahme in Folge eines von den bedeutendsten Juristen jener Zeit sorgsam vorher berathenen und erwogenen Planes geschehen war, so erklärt sich von selbst, warum Niemand es wagen mochte, den Magistrat dieserhalb zur Rechenschaft zu ziehen, warum diese Neuerung sogleich bleibendes Recht (edictum translatitium) wurde, und woher endlich sich so schnell eine feste Praxis für das neue Institut bilden konnte. [120])

[119]) Gleichzeitig wird denn auch wohl die dem pater manumissor verliehene B. P. contra tabulas filii emancipati *(D. 37, 12.)* eingeführt seyn.

[120]) Möglich wäre allerdings, daß schon Julius Cäsar die Einführung der neuen Ordnungen veranlaßt habe, da von ihm auch der erste Beginn eines privilegirten Soldaten-Testamentes sich herschreibt, *(Fr. 1, pr. de testamento militis.)* und Suetonius, *cap.* 44. von ihm erzählt: Jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros .... destinabat. (Man sieht, Sueton, wie fast alle Leute, die vom Rechte nichts verstehen, war ein Liebhaber der Gesetzbücher.) Indessen ist dies doch nicht wahrscheinlich, eben weil Cäsar ja nicht dazu gelangte seinen Plan auszuführen, der, wenn er wirklich in dem von Sueton gemeinten Sinne gefaßt war, die Welt leicht um das herrliche Gebäude des Römischen Rechts hätte bringen können. Höher hinauf als bis zu Cäsar's Alleinherrschaft, welche von der Schlacht bei Pharsalus (706 a. u. 48 v. Chr.) an zu rechnen ist, darf aber die

Schon oben ist angeführt, daß der Zweck, um dessen Willen die beiden Ordnungen: contra tabulas und unde liberi in's Leben gerufen wurden, kein anderer war, als den emancipirten — und mehreren andern mit diesen auf gleiche Stufe gestellten [121]) — Descendenten des Erblassers ähnliche Erbrechte, wie den in der väterlichen Gewalt Verbliebenen, einzuräumen. Also die geschehene Emancipation ꝛc. soll als nicht geschehen fingirt, oder gewissermaßen, — so weit es auf Erbrechte in den Nachlaß des Vaters ankommt, — rescindirt werden.

Fr. 6, § 1. *de B. P.* (Paulus.) Quamvis enim jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse: propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem Praetor.

Fr. 3, § 5. *de B. P. contra tab.* (Ulp.) Si emancipatus filius, uxore non ex voluntate patris ducta, filium fuerit sortitus, dein nepos, patre jam mortuo, ad bonorum possessionem avi velit venire, admittendus est ad eam: non enim per rescissionem is, qui filius justus est, efficietur non filius: cum rescissio, quo magis admittantur, non quo minus, adhibeatur.

Dies Grundprincip ist indessen nicht ganz strenge durchgeführt, sondern der Billigkeit gemäß mannigfach modificirt.

Die Vorschrift freilich, daß der Emancipatus dem Suus sein eignes Vermögen conferiren solle, ist eher eine Folgerung aus jenem Principe, als eine Abweichung von

Einführung dieser ordines wohl auf keinen Fall geschoben werden. Zwischen der Actio in Verrem und jener Schlacht liegen nur 22 Jahre.

[121]) Hieher gehören z. B. auch die in Adoption Gegebenen, welche aber aus der Adoptiv-Familie wieder entlassen sind, und so auch die civitate donati, *(Collatio. tit.* 16, § 7.*)* d. h. diejenigen, welche nicht als Römische Bürger geboren sind, sondern erst später die Civität erhalten haben.

demselben zu nennen; [122]) denn wenn die Emancipation als nicht geschehen, und der aus der väterlichen Gewalt entlassene Sohn als noch in derselben befindlich gedacht wird, so folgt von selbst, daß alles Vermögen, was er sich bisher erworben hat, auch als zum Nachlaß des Vaters gehörig angesehen werden muß, da der filius suus nicht sich selber, sondern dem Vater erwirbt. Wohl aber gehören zu jenen Modificationen:

1) Das Edict de legatis praestandis, contra tabulas bonorum possessione petita, welches vorschreibt, daß bei der B. P. contra tabulas den nächsten Verwandten des Testators, — den s. g. exceptae personae, — [123]) die ihnen im Testamente ausgesetzten Legate und Fideicommisse geleistet werden sollen. Diese Bestimmung ist später, theils durch Interpretation der Juristen, (Julian,) theils durch ein bestätigendes Rescript des Antoninus Pius sogar auf Erbeseinsetzungen ausgedehnt, in so ferne die Erbportionen ein Kopftheil (portio virilis) nicht übersteigen. [124])

2) Das von Julian [125]) zuerst eingeführte caput Edicti: de conjungendis cum emancipato liberis. Nach der Consequenz würde der Emancipirte immer ein ganzes Kopftheil erhalten, und seinen Geschwistern conferiren müssen; seine in der potestas des Großvaters zurückgebliebenen Kinder (nepotes defuncti) müßten aber leer ausgehen. Dagegen verordnet das in Frage stehende Edict, welches durch

[122]) Eben so verhält es sich auch mit der dotis collatio von Seiten der verheiratheten Tochter. Diese Collation wurde übrigens schon durch ein Rescript des Antoninus Pius auch auf das Civilrecht und das judicium familiae herciscundae übertragen. *Fr. 1, pr. de dotis collatione.*

[123]) Hoc est: liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum. *Fr.* 1, *pr. de legatis praestandis.*

[124]) *Fr.* 5, § 6, *seqq. Fr.* 6, 7 und 8, *pr.* § 1. *eod.*

[125]) *Fr.* 3. *de conjung. cum emanc. lib.*

spätere kaiserliche Rescripte noch genauer bestimmt ist, [126]) daß der Emancipirte seine Erbportion mit seinem in der Gewalt des Erblassers zurückgebliebenen Kinde theilen, und auch nur Letzterem conferiren solle. Diese Vorschrift bezieht sich sowohl auf die B. P. contra tabulas, als auf die unde liberi.

3) Die Sonderbarkeit, daß präterirte Töchter und Enkel, welche nach dem Civilrecht das Testament keineswegs umstoßen, sondern nur ein jus accrescendi gegen die eingesetzten Erben haben, [127]) dennoch die B. P. contra tabulas ganz in demselben Umfange wie der filius praeteritus erhalten, sie selbst mögen sui oder emancipati, jam nati oder posthumi seyn. Der Kaiser Marcus Aurelius [128]) hob denn auch diese Singularität theilweise auf, und verordnete durch ein Rescript, daß Frauenzimmer durch die contra tabulas B. P. nie ein Mehreres erlangen sollen, als sie, wenn sie Suae wären, jure accrescendi bekommen haben würden.

[126]) *Fr.* 3 und 4. *eod.*

[127]) Ulp. *tit.* 22, § 17. Reliquae vero personae liberorum, velut filia, nepos, neptis, si praeteritae sint, valet testamentum, scriptis heredibus adcrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam. cf. Gaji *Inst.* 2, § 124. und Pauli *rec. sent. lib.* 3, *tit.* 4. *b*, § 8.

[128]) Gaji *Inst.* 2, § 125. Quid ergo est? licet secundum ea, quae diximus, scriptis heredibus dimidiam partem tantum detrahant, tamen Praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit: qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur. .... § 126. Sed nuper Imperator Antoninus significauit rescripto suo, non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure adcrescendi consequerentur. quod in emancipatis feminis similiter optinet, scilicet ut quod adcrescendi iure habiturae essent, si suae fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant. — Daß unter dem Imperator Antoninus der Kaiser Marcus Aurelius, und nicht Antoninus Pius zu verstehen sey, ergiebt sich aus § 195 *eodem*, wo Letzterer Diuus Pius Antoninus genannt wird; welches beweist, daß wenigstens das zweite Buch der Institutionen des Gajus schon unter seinem Nachfolger geschrieben sey. Justinian, der dieses Rescript wieder aufgehoben hat, schreibt dasselbe irriger Weise dem Caracalla zu. (constitutio autem magni Antonini ..... c. 4. *C. de liberis praeteritis*)

Grade dieser Umstand, daß das Edict des Prätors über die B. P. contra tabulas und unde liberi mehrfache genauere Bestimmungen, Ausdehnungen und Beschränkungen durch kaiserliche Rescripte erleidet, möchte für meine Annahme, daß die Einführung dieser dem Civilrechte derogirenden ordines überhaupt nur unter Autorität des Princeps geschehen sey, ein nicht unwichtiges Moment abgeben. Ich werde übrigens unten bei der B. P. secundum tabulas noch einmal auf diesen Punkt zurückkommen.

Natürlich kann ich mich in das Detail der rechtlichen Bestimmungen über die B. P. contra tabulas und unde liberi, so wie der damit zusammenhängenden eben angedeuteten Lehren von den Collationen u. s. w., hier nicht einlassen. Theils würde dieses allein ein ganzes Buch erfordern, theils ist es auch dem Zwecke dieses Aufsatzes, die allmählige Ausbildung und Entwickelung des Institutes der B. P. nachzuweisen, ziemlich fremde; und so darf ich vorzugsweise auf Förster verweisen. Für mich ist nur die Verschiedenheit der dem Emancipatus angebotenen B. P. contra tabulas von derjenigen, welche dem Suus ertheilt wird, von Bedeutung, weshalb ich hierüber noch einige Worte hinzufüge.

Nach dem Civilrechte ist jedes Testament, in welchem ein filius suus präterirt worden, in jeder Beziehung null und nichtig, [129]) und es tritt Intestaterbfolge ein. Die B. P. contra tabulas dagegen, wenn ein Emancipatus präterirt ist, hebt das Testament nicht ganz und gar auf,

[129]) d. h. wenn dieser Sohn, falls er bei Errichtung des Testaments schon lebte, in allen Graden der In- und Substitutionen präterirt ist. War er in irgend einem Grade exheredirt, so sind nur die übrigen Grade nichtig; nicht das ganze Testament ist injustum. cf. *Fr. 3, § 6. de liberis et postumis.* In diesem Falle aber giebt der Prätor, wenn der nichtige Grad eben voransteht, (z. B. der filius suus ist bei den Institutionen präterirt, gegen die Substituten aber exheredirt, und bei'm Tode des Testators lebt wenigstens noch Einer der Instituirten;) dem Uebergangenen gleichfalls die contra tabulas B.

sondern hauptsächlich nur die Erbeinsetzungen aller extraneae personae, — an deren Stelle eben der bonorum possessor contra tabulas eintritt, — und die für Solche ausgesetzten Vermächtnisse. Es bleiben also in Kraft: 1) die tutoris datio, 2) die exheredationes, 3) die substitutio pupillaris, 4) die Vermächtnisse an exceptae personae, so wie deren Institution usque ad portionem virilem, ja 5) sogar in gewissen Fällen (cf. *Fr.* 8, § 2. *de legatis praestandis.*) die libertates. Folglich begründet diese B. P. eine successio testamentaria [130])

Wie stellt sich die Sache nun, wenn ein filius suus praeteritus die contra tabulas bonorum possessio agnoscirt? — Hier behauptet das jus civile seine völlige Kraft; die B. P. contra tabulas führt in diesem Falle die reine Intestat=Succession herbei, und ist in so ferne mit der B. P. unde liberi identisch, welche denn hier auch mit ganz gleichem Range neben jener geht und mit ihr concurrirt. [131]) Der filius suus praeteritus zahlt weder Legate an die exceptae personae, noch bleiben die Exheredationen seiner Geschwister in Kraft, diese mögen Sui oder Emancipati seyn, kurz, die civilrechtliche Nullität des ganzen Testamentes wird auch vom Prätor anerkannt; und so hat denn die contra tabulas bonorum possessio einen von Grund aus

P., jedoch dann nur mit den Wirkungen und unter denselben Bedingungen, wie dem Emancipatus; denn gleich diesem bedarf hier jener des Prätorischen Schutzes. cf. *Fr.* 8, § 5. *de B. P. contra tab.* — Anders verhält sich die Sache, wenn der präterirte Sohn erst nach Errichtung des Testamentes geboren war. Hier ist Letzteres immer ganz und gar rumpirt, sobald die Präterition des Posthumus in dem bei seiner Geburt, oder auch nur in dem späterhin eben voranstehenden Grade vorkommt, wenn auch gegen die früheren und folgenden Grade Jener rite exheredirt worden ist. *Fr.* 3, § 6. und *Fr.* 4 und 5. *de injusto etc.* und *Fr.* 14, *pr. de liberis et postumis.*

[130]) Vgl. über dies Alles: Förster, *de B. P. contra tab. pag.* 397 ff.

[131]) Den Beweis dieses Satzes glaube ich in dem zweiten Aufsatze dieses Heftes geführt zu haben.

verschiedenen Charakter, je nachdem ein filius suus praeteritus, oder ein emancipatus sie agnoscirt. [132])

Fr. 15, *pr. de legatis praestandis.* (Paulus.) Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit: quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem optineret, nec enim exceptio doli mali huic noceat: [133]) et absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit: cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure. Unde si duo praeteriti sunt, emancipatus et is, qui in potestate est: quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam: cum etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est? Ubi praeteritus sit suus, verius est, quod dictum est: ubi vero scriptus est, et voluntatem patris habet, debet teneri legatariis, etiamsi omiserit bonorum possessionem.

Nur in dem Falle, wenn der Suus instituirt ist, aber wegen Präterition eines andern Kindes, dessen Uebergehung jedoch eben keine civilrechtliche Nullität erzeugt, zur contra tabulas bonorum possessio admittirt wird, (commisso per alium edicto,) muß er sich, um von diesem beneficium Gebrauch machen zu dürfen, den Bedingungen unter=

[132]) Eben deshalb vermuthe ich auch, daß die dem Suus ertheilte B. P. contra tabulas etwas älteren Ursprunges ist, als die zu Gunsten des Emancipatus Eingeführte. Vgl. oben, pag. 38.

[133]) Ich glaube, es ist hier dieselbe doli exceptio gemeint, von welcher Marcianus in *Fr.* 15. *de B. P. contra tab.* sagt: Si praeteritus filius emancipatus exceptionem doli mali agenti heredi patris opposuerit de eo quod patri debuit, non posse eum contra tabulas bonorum possessionem petere existimo: nam hoc ipso quasi repudiavit bonorum possessionem. etc. — An eine doli exceptio, welche ihm, dem Suus selber, (und nicht von ihm,) opponirt würde, etwa von einem zu den exceptae personae gehörenden Legatar, darf man wohl deshalb nicht denken, weil der Legatar ja der Kläger, nicht der Beklagte seyn wird.

werfen, die der Prätor dem Emancipatus auferlegt hat. Der filius suus hat in solchem Falle also die Wahl zwischen der aditio hereditatis ex testamento, (wo dann seine Institution, soweit diese eine portio virilis nicht überschreitet, aufrecht erhalten wird,) und der contra tabulas B. P. [134]. Wählt er die Letztere, so steht er alsdann mit dem Emancipatus auf völlig gleicher Stufe. Hierauf bezieht sich der Schluß der mitgetheilten Stelle.

Aehnlich, obwohl vielleicht nicht ganz so consequent wie eben Paulus, entscheidet Ulpian in:

Fr. 16. *eodem.* Si duo proponantur esse, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus apparet commissum esse Edictum per eum, qui in potestate est: et si ambo petissent contra tabulas bonorum possessionem, is quidem, qui in potestate mansit, cum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata: emancipatus vero numquid nec ipse praestat, quia ei rem auferret, qui praestaturus non erat, si solus esset? Sed verius est, vel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata. Proinde si contra tabulas non accepit, dicendum est, tuendum eum in partem, et utique liberis parentibusque legata praestaturum. Sed an et omnibus, dubito: tamen quia plena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris judicio pro sua parte debet.

Es sind in den beiden abgedruckten Stellen eigentlich drei verschiedene Fälle behandelt. Erstlich, der Suus und der Emancipatus sind Beide präterirt. Hier ist das Testament ein nullum, und demnach entbindet Paulus folgerichtig auch den Emancipatus von der Prästation der Ver-

[134]) Ueber die Vortheile, welche die contra tabulas B. P. ihm mitunter gewährte, vgl. *Fr.* 8, § 14. *de B. P. contra tabulas.*

mächtnisse an die exceptae personae. [135]) Zweitens, der Suus ist präterirt, der Emancipatus instituirt. Auch hier müßte der Consequenz nach ganz dasselbe gelten; denn die Institution des emancipirten Sohnes ist eben so null und nichtig, wie das ganze Testament; Ulpian aber, der allein dieses Falles erwähnt, während er jenen ersten übergeht, sagt: der Emancipatus soll, wenn er die contra tabulas B. P. erbittet, die Legate an die exceptae personae, und wenn er die B. P. secundum tabulas agnoscirt, [136]) nach seiner Meinung, wiewohl die Sache zweifelhaft sey, [137]) alle Vermächtnisse ohne Unterschied zahlen.

[135]) quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant; und nachher: verius est quod dictum est. Eben so entscheidet auch Papinian in *Fr.* 17. *de injusto etc.*

[136]) An diese nemlich darf nur gedacht werden, nicht an eine hereditatis aditio ex testamento, welche ja bei der Nullität des Testamentes juristisch unmöglich ist; und einen dritten Weg eine testamentarisch deferirte Erbschaft zu erwerben, giebt es (abgesehen von der cretio und pro herede gestio, die mit der aditio auf gleicher Stufe stehen, und also eben so unwirksam sind,) ja überall nicht. Bei dieser B. P. secundum tabulas muß der Prätor den Emancipatus, da er zu den exceptae personae gehört, auch gegen den contra tabulas bonorum possessor schützen. Siehe oben pag. 97. Note 124.

[137]) Paulus in *Fr.* 15, § 1. *eodem*, erwähnt ebenfalls diesen Zweifel in einem durchaus ähnlichen Falle, (nur das Testament ist nicht jure civili nullum,) und sagt, daß unter den Juristen verschiedene Meinungen obwalteten; er selbst indessen neigt sich zu der entgegengesetzten Ansicht. Was mich betrifft, so würde ich, falls der Emancipatus die ihm hinterlassene Erbportion ganz und ungeschmälert erhält, mich für Ulpian, im umgekehrten Falle aber, wenn der Emancipatus z. B. auf die Hälfte des Ganzen eingesetzt ist, die portio virilis aber, auf welche ihn der Prätor schützt, nur ein Drittel beträgt, für Paulus erklären. Dies ist denn auch die Ansicht des Cujacius. *(ad Africanum, Tractat.* 4. *ad L.* 14, *pr. de B. P. contra tab. i. f.)* Schließlich bemerke ich, daß Ulpian über diesen Punkt nicht mit sich selbst einig, und überhaupt sich nicht klar geworden ist; denn in *Fr.* 5, § 8. *eodem* stellt er ein ganz anderes Princip für denselben Fall auf. Eben so widerspricht er sich auch in *Fr.* 5, § 5. und *Fr.* 8, *pr. eodem*, indem er einmal die Legate an die exceptae personae alle zusammen auf eine virilis portio beschränkt, so daß der bonorum possessor also jedesmal wenigstens eben so viel an Erbportion behalten müßte, als die Legatare erhalten, das andre Mal aber von Anwendung der Lex Falcidia spricht, die doch nur dann in Frage kommen kann, wenn die exceptae personae drei Viertel, der bonorum possessor contra tabulas aber nur ein Viertel der Erbportion bekommen.

Daß im dritten Falle, wenn der Emancipatus präterirt und der Suus instituirt ist, Paulus den Letzteren in gleicher Weise zur Prästation der Legate für verpflichtet erklärt, rechtfertigt sich von selbst; denn hier ist das Testament nach Civilrecht gültig, und der Suus mag nun die contra tabulas B. P. agnosciren, oder die hereditas ex testamento jure civili erwerben, immer muß er die mit der einen oder der andern Erwerbsart verknüpften Lasten tragen. Ulpian's Entscheidung des zweiten Falles läßt sich dagegen höchstens durch die Rücksicht anf das Edict: Si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, erklären.

Dem sey aber, wie ihm wolle: Beide Juristen stimmen darin überein, daß dem filius suus praeteritus die väterliche Erbschaft immer ab intestato zufalle, und daß er also, auch wenn er die contra tabulas B. P. erbittet, dennoch überall keine Vermächtnisse zu zahlen schuldig sey. [138])

Hier zeigt sich also der wesentlich verschiedene Charakter der contra tabulas B. P., je nachdem sie confirmandi, oder impugnandi juris civilis gratia eingeführt ist. In jener Beziehung wird sie dem filius suus praeteritus, in dieser dem emancipatus angeboten. Letzterer, wenn er den Nachlaß ganz oder theilweise erlangen und behalten will, bedarf den Schutz des Prätors gegen die Civilerben mittelst Verweigerung der den Letzteren eigentlich zustehenden hereditatis petitio; und deshalb muß er sich auch allen Bedingungen fügen, an welche der Prätor die Zusage dieses Schutzes geknüpft hat; der filius suus praeteritus gewinnt durch diese ihm angebotene B. P. weiter nichts, als das Interdict um den Besitz des Nachlasses vorläufig zu erlangen, wobei der Prätor ihn dem sonst zur B. P. secundum tabulas berufenen scriptus heres vorzieht, gegen welchen er übrigens auch ohne

[138]) Vgl. auch Papinian, in *Fr.* 17. *de injusto etc.*

Hülfe des Interdicts vermittelst der hereditatis petitio sein Recht geltend machen könnte; — ein schwacher Ersatz dafür, daß er, der nach dem Civilrecht allein zur Erbschaft berufen war, diese jetzt mit seinen emancipirten Geschwistern theilen muß. — Ist er erst einmal im Besitze, so braucht er überall keine weitere Begünstigung des Prätors, und er mag die Klage eines jeden Erbprätendenten ruhig erwarten, da auch im judicium de hereditate Niemand ihn verdrängen kann.

Noch weniger Bedeutung, als der ordo: contra tabulas, hat der ordo: unde liberi für die Sui. [139]) Schon im ordo: unde legitimi waren Diese ja zuerst und mit Ausschließung aller Uebrigen berufen; und so erhellt auf's deutlichste, daß lediglich um der Emancipirten willen, die bisher nur im ordo: unde cognati einen sehr entfernten Anspruch auf die Erbschaft hatten, also juris civilis corrigendi s. impugnandi causa, dieser ordo: unde liberi eingeführt ist, obwohl nun natürlich und nothwendig auch die Sui eine Stelle in demselben finden mußten, um nicht ganz und gar von den Emancipati ausgeschlossen zu werden.

In Gemäßheit aller bisher entwickelten Neuerungen hatte nun das Institut der B. P. ersichtlich schon einen sehr umfassenden Einfluß auf das Materielle der Universal-Succession bekommen, und war in den meisten Fällen ein wirkliches Analogon oder Surrogat der hereditas geworden. Wer in einer der fünf Ordnungen: contra tabulas, — unde liberi, — unde legitimi, — unde cognati, und unde vir et uxor, die B. P. gültig erhalten hatte, [140]) durfte nur

[139]) d. h. Er bringt ihnen nicht den mindesten Vortheil; Nachtheile für sie resultiren allerdings aus seiner Einführung, indem die Sui jetzt mit den Emancipati theilen müssen, wogegen sie indessen wieder den Anspruch auf die Collation erhalten.

[140]) d. h. so, daß alle etwa noch vor oder neben ihm zur B. P. Eingeladenen diese repudiirt, oder die Frist zu ihrer Nachsuchung versäumt haben; daß er also jedenfalls im interdictum Quorum bonorum gegen alle sonstige Erbprätendenten der potior ist.

dem in einer früheren Ordnung des Edictes, vor ihm, oder in der Nemlichen, neben ihm, berufenen heres, ganz oder respective auf einen Theil des Nachlasses, weichen, wenn Jener etwa jure civili contentus die agnitio bonorum possessionis als überflüßig versäumt hatte. Außer diesem Falle gewährte ihm also die B. P. nicht mehr ein bloß provisorisches, sondern ein dauerndes Recht an dem Nachlasse; denn vor jeder Eviction von Seiten eines im Edicte erst hinter ihm zur B. P. berufenen heres war er völlig gesichert.[141])

Ganz anders mußte es sich fortwährend mit der B. P. secundum tabulas verhalten. Der Prätor ertheilte diese, sobald nur das Testament mit sieben Siegeln versehen war, also den äußern Anschein der Gültigkeit hatte, und wenn die contra tabulas B. P. von Niemandem erbeten war, ohne sich auf die genauere Prüfung, ob das Testament auch nach den Regeln des jus civile zu Recht bestehen könne, irgend weiter einzulassen. Diese Untersuchung ward dem über die hereditatis petitio erkennenden Judex anheim gegeben, und so konnte der im Edicte erst nach dem bono-

141) Die hier aufgestellte Regel, — dieselbe, welche Hugo für das Verhältniß der B. P. zur hereditas in Collisionsfällen als allgemein geltend angenommen hat, — folgt für die drei letzten ordines ganz einfach aus der Natur der Sache; denn hinter dem legitimus kann begreiflich überall kein vom jus civile berufener Erbe weiter stehen. Gegen die bonorum possessores contra tabulas und unde liberi wird aber nach Obigem den Civilerben die hereditatis petitio verweigert.

Dennoch leidet unsre Regel zwei Ausnahmen. 1) Der heres ex testamento, der zu der B. P. nur im ordo: secundum tabulas eingeladen ist, darf, wenn er zu den parentes testatoris gehört, (— die instituirten liberi testatoris sind in solchem Falle selber mit zur B. P. contra tabulas berufen, und machen also keine Ausnahme; —) gegen den vor ihm berufenen bonorum possessor contra tabulas mit der H. P. auf eine portio virilis klagen. cf. *Fr.* 5, § 7. *de legat. praest. contra tab.* 2) Der zur B. P. nur im ordo: unde liberi berechtigte, exheredirte Descendent kann, wenn das Testament des Erblassers nach Civilrecht nullum oder ruptum ist, gegen den bonorum possessor contra tabulas mit Erfolg auf Herausgabe seiner Intestaterbportion antragen. (Siehe den folgenden Aufsatz in diesem Hefte.)

rum possessor secundum tabulas berufene legitimus dem Letzteren, wenn dieser nicht zugleich auch nach Civilrecht wirklicher heres ex testamento war, jedesmal die ganze Verlassenschaft aus den Händen reißen, wodurch derselbe dann zum bonorum possessor sine re wurde.

Auch dieser Rechtszustand erlitt nun in der Kaiserzeit manche dem jus civile entgegentretende Modificationen, welche jetzt genauer zu erörtern sind.

Zuvörderst müssen wir uns die Fälle vergegenwärtigen, in welchen überhaupt aus einem nach Civilrecht ungültigen Testamente dennoch die B. P. secundum tabulas gültig erworben wurde.

Die verschiedenen Kategorien der nach dem jus civile ungültigen Testamente und die Kunstausdrücke des classischen Rechts für dieselben sind folgende:

1. Ein Testament ist non jure factum, wenn die Solennitäten des Civilrechts bei seiner Errichtung nicht gehörig beobachtet sind, also wenn etwa die familiae mancipatio nicht rite geschehen, oder die verba nuncupationis nicht ordentlich gesprochen waren. [142])

2. Es heißt nullum, oder injustum, wenn entweder:

a. ein filius suus in demselben präterirt worden, [143]) oder:

[142]) *Fr.* 1. *de injusto, rumpto etc.* (Papinianus, *libro* 1. definitionum.) Testamentum aut non jure factum dicitur, ubi solemnia juris defuerunt: aut nullius esse momenti, cum filius, qui fuit in patris potestate praeteritus est: aut rumpitur alio testamento, ex quo heres existere poterit, vel adgnatione sui heredis: aut in irritum constituitur, non adita hereditate. cf. *Fr.* 6, *pr. i. f. de Lege Cornelia de falsis.* (Africanus) . . . . . non jure factum testamentum id appellatur, in quo, (für *quod, in eo*) si omnia rite facta essent, jure factum diceretur.

[143]) *Fr.* 1 und 3, § 3. *de injusto etc.* Gajus (*Inst.* 2, § 123.) nennt es auch inutiliter factum, und inutile; Letzteres in: *Fr.* 30. *de liberis et postumis.* Vgl. übrigens oben Note 129.

b. der Erblasser zur Zeit seiner Errichtung keine testamentifactio gehabt hatte. [144])

3. Ein anfangs gültiges Testament wird rumpirt, (testamentum ruptum,) theils:

a. agnatione sui heredis s. posthumi, welcher gültig weder instituirt noch exheredirt ist; theils:

b. durch Errichtung eines späteren gültigen Testamentes. [145])

4. Es wird irritum, durch eine nachherige capitis deminutio des Testators. [146])

5. Destitutum heißt es, wenn Niemand aus demselben die Erbschaft antritt, oder die B. P. secundum tabulas agnoscirt. [147])

6. Testamentum inofficiosum endlich ist ein solches, worin die nächsten Verwandten ohne erhebliche Gründe enterbt sind, und welches deshalb, obwohl es nach strengem Rechte gültig ist, dennoch von den Centumvirn rescindirt wird.

Von diesen Kategorien ungültiger Testamente sind nun vorerst diejenigen auszuscheiden, aus welchen eine B. P. secundum tabulas mit rechtlicher Wirkung gar nicht erworben werden konnte. Dahin gehören:

sowohl das Testament, welches aus dem Grunde nichtig (nullum) ist, weil der Testator zur Zeit seiner Errichtung nicht die testamentifactio hatte, [148])

144) *Fr.* 19. *qui testamenta.* — nullae sunt tabulae testamenti. und *Fr.* 2. *i. f. de inofficioso.*

145) *Fr.* 1. *cit.* — Ulp. *tit.* 23, § 2 und 3. — Gaji *Inst.* 2, § 138 und 141 — 144.

146) Ulp. *tit.* 23, § 4. Gaji *Inst.* 2, § 145 und 146.

147) *Fr.* 9, § 2. *i. f. de liberis et postumis.* — § 7. *I. de hereditatibus, quae ab intestato.* Noch häufiger wird indessen ein solches Testament ebenfalls irritum genannt. cf. *Fr.* 1. *cit.*

148) *Fr.* 1, § 8. *de B. P. secundum tabulas.*

als auch das testamentum irritum, wenn der Testator nicht wenigstens an seinem Lebensende wieder sui juris gewesen ist, und er also auch nicht einmal in diesem Zeitpunkte die testamentifactio gehabt hat.[149])

So konnte in der Regel auch aus einem testamentum alio testamento ruptum eine B. P. secundum tabulas überall nicht ertheilt werden; selbst dann nicht, wenn das neuere Testament nicht mehr existirte.[150]) Nur in dem einzelnen Falle, wenn der Erblasser selber das spätere Testament, und zwar in der ausdrücklichen Absicht vernichtet hatte, damit das Aeltere, Rumpirte, wieder als Letztes dastehen solle, war man geneigt die aus diesem etwa agnoscirte B. P. secundum tabulas als gültig ertheilt anzusehn.

Daß schließlich aus einem testamentum destitutum keine B. P. secundum tabulas entsprießen könne, liegt schon in dem Begriffe desselben, denn ein Testament, aus welchem diese erbeten wurde, ist eben nicht destitut.

Aus ungültigen Testamenten der übrigen Gattungen konnte nun zwar immer die B. P. secundum tabulas gültig agnoscirt werden;[151]) jedoch sind für uns nur diejenigen Fälle von Interesse, in denen der bonorum possessor mit einem heres in Collision gerathen kann, welcher in der Rangordnung des Edictes ihm nachsteht. Denn, daß ein Civilerbe, der zugleich auch zur contra tabulas B. P., also im ersten ordo und **vor** dem bonorum possessor secundum tabulas, berufen ist, Letzteren stets vom Nachlasse

[149]) *Fr.* 1, § 8. *cit.* — Gaji *Inst.* 2, § 147.

[150]) *Fr.* 1, § 1. *eod.* (Ulp.) Non autem omnes tabulas Praetor sequitur hac parte Edicti, sed supremas: hoc est, eas, quae novissime ita factae sunt, post quas nullae factae sunt: supremae enim hae sunt, non quae sub ipso mortis tempore factae sunt, sed post quas nullae factae sunt, licet hae veteres sint. Ueber die im Texte aufgestellte Ausnahme vgl. *Fr.* 11, § 2. *eod.*

[151]) Eine etwanige Ausnahme wird noch **unten** in Note 158. weiter besprochen werden.

ausschließe, er mag jene B. P. agnoscirt haben oder nicht, versteht sich so sehr von selbst, daß ich hierüber nichts weiter zu sagen brauche. Aus diesem Grunde lassen wir denn noch weiter folgende Fälle bei Seite liegen:

Erstlich das testamentum propter praeteritionem filii sui nullum, und das agnatione sui heredis ruptum, wenn der Präterirte den Erblasser überlebt. Selbiger ist nemlich nicht nur zur contra tabulas B. P. eingeladen, sondern er hat auch die hereditas im Augenblicke des Todes des Testators ipso jure nach Civilrecht erworben; und folglich kann ein Anderer, der erst hinter dem scriptus heres zur B. P. berufen ist, niemals jure civili heres werden; selbst wenn der Präteritus oder dessen Successoren abstiniren.

Zweitens das testamentum inofficiosum. Wenn ein solches Testament auf erhobene inofficiosi querela von dem Centumviralgerichte wegen Lieblosigkeit rescindirt wird, so erlischt auch sogleich jede aus demselben erbetene B. P. secundum tabulas, und zwar ex tunc. Es tritt reine Intestaterbfolge ein, und dabei ist es ganz gleichgültig, ob der ab intestato zunächst Berufene überall heres oder nur bonorum possessor sey, und in welchem ordo das Edict ihn berufe. Selbst ein Cognat, z. B. der frater uterinus erhielt hier den Nachlaß mit Ausschließung des scriptus heres, denn Letzterer war von dem Augenblicke der res judicata an gar nicht mehr bonorum possessor secundum tabulas, sondern indem das Testament für machtlos in jeder Beziehung erklärt wurde, hatte diese seine Qualität ihr Ende genommen. [152])

[152]) Ganz ähnlich, obwohl aus andern Gründen verhält es sich mit dem testamentum falsum, s. subjectum; denn wenn aus einem Solchen die B. P. secundum tabulas ertheilt wird, so beruht diese Ertheilung auf einem bloßen Irrthum in facto, und der Intestat-Successor, wenn er mit dem interdictum Quorum bonorum belangt wird, kann schon im Interdicts-Processe den Beweis des falsum führen, wonächst dann die B. P. des scriptus als ungültig anerkannt werden muß. Eben so umgekehrt, wenn der scriptus im Besitze des Nachlasses ist, können der legi-

Solchemnach bleiben denn für unsern Zweck nur nachstehende Classen ungültiger Testamente als solche, bei denen eine Collision der oben bezeichneten Art, zwischen dem bonorum possessor secundum tabulas und einem in der Ordnung des Edictes hinter ihm rangirenden heres, irgend eintreten kann, allein noch übrig.

1. Das testamentum non jure factum. [153])

2. Das testamentum injustum, s. propter filii sui praeteritionem nullum, vorausgesetzt, daß der Präterirte vor dem Testator gestorben sey.

3. Das testamentum agnatione sui heredis ruptum, unter gleicher Voraussetzung.

4. Ausnahmsweise in dem obgedachten besondern Falle auch das testamentum alio testamento, ex quo heres exsistere poterit, ruptum. — Endlich:

5. Das testamentum irritum, wenn der Testator nemlich zur Zeit seines Todes die testamentifactio gehabt hat.

Wir fragen jetzt: In welchen von diesen bezeichneten fünf Fällen sind nach und nach dem bonorum possessor secundum tabulas Schutzmittel gegen die mit der hereditatis petitio klagenden Civilerben verliehen?

Zuerst verordnete Hadrian durch ein Rescript, daß wenn ein Testament agnatione sui heredis rumpirt, dieser posthumus aber vor dem Testator wieder gestorben sey, der bonorum possessor secundum tabulas gegen den heres ab intestato geschützt werden solle.

timus, oder in dessen Ermangelung der cognatus proximus u. s. w., sobald sie die B. P. agnoscirt haben, ohne allen Zweifel das Interdict gegen den bonorum possessor secundum tabulas subjectas anstellen, indem sie behaupten: non ex edicto bonorum possessionem reo datam esse; und wenn sie hier beweisen, daß das Testament untergeschoben sey, so müssen sie nothwendig obsiegen. cf. *c. 2. C. de success edicto.*

[153]) Es versteht sich von selbst, daß das Testament mit sieben Siegeln versehen seyn muß, so daß also wenigstens die sieben Zeugen bei seiner Errichtung zugegen gewesen seyen; denn sonst wird gar keine B. P. secundum tabulas aus demselben ertheilt.

Fr. 12, *pr. de injusto etc.* (Ulp.) Postumus praeteritus vivo testatore [natus] decessit. Licet juris scrupulositate nimiaque suptilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest: remque optinebit, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt.

Die Worte: *rem obtinebit*, lassen über die Absicht des Rescriptes keinen Zweifel. Der eingesetzte Erbe soll bonorum possessor cum re bleiben; nur über die Art und Weise, auf welche er den in jenem Rescripte ausgesprochenen Rechtssatz geltend machen darf, sagt Ulpian nichts. Eine Stelle von Paulus belehrt uns jedoch, daß dem bonorum possessor hier, eben so wie in dem zunächst folgenden Falle, eine exceptio doli gegen die hereditatis petitio des legitimus heres vom Prätor gegeben wurde.

Fr. 13. *de doli mali except.* (Paulus.) Liberis exheredatis, qui nihil ex patris judicio meruerunt, rupto testamento jus suum conservandum est: nec opponetur doli mali exceptio: quod non solum in persona eorum, sed in heredibus, *et* [154]) in persona liberorum quoque optinendum est.

Zugleich ersehen wir aber hieraus, daß jenes Rescript Hadrian's nicht ganz in solcher Ausdehnung gemeint war, oder wenigstens nicht angewandt wurde, als es nach Ul-

[154]) Dies: *et*, fehlt in der Florentina; aber sowohl die Vulgata, als Haloander, haben es. Mir scheint die Copula nothwendig; denn das folgende: *in persona liberorum*, ist durchaus nicht umschreibende Apposition. Einmal nemlich, auch abgesehen von Testamentserben, gehört der Emancipatus wohl zu den liberi, aber nicht zu den heredes; und zweitens gehören die Agnaten und die Mutter zu den heredes, aber nicht zu den liberi. Hier sind also sowohl der heres, als auch der im ordo: unde liberi succedirende bonorum possessor gemeint; Beiden, wer von ihnen grade im einzelnen Falle zur Beerbung des exheredirten suus heres berufen ist, darf die doli exceptio eben so wenig, als Letzterem selber, opponirt werden.

pian's obiger Aeußerung zu haben schien. Den liberi des Testators und deren Successoren blieb ihr altes Recht ungekränkt, und ein suus heres, [155]) der in solchem Testamente rite exheredirt war, konnte noch immer, weil eben auch diese Exheredation in und mit dem ganzen Testamente jure civili rumpirt war, dem bonorum possessor secundum tabulas den Nachlaß evinciren; ja dasselbe Recht verblieb auch seinen Erben, wenn er selber, zwar nach dem Testator, aber doch vor Anstellung der hereditatis petitio gestorben war.

Weit durchgreifender ist zweitens ein Rescript des Kaisers Marcus Aurelius, welches wir erst aus den Institutionen des Gajus kennen gelernt haben. Dieses bestimmte nemlich, daß der bonorum possessor secundum tabulas testamenti non jure factas gegen die hereditatis petitio des Intestaterben allemal eine doli exceptio erhalten solle.

Gaji *Inst.* 2, § 115. Non tamen, ut iure ciuili ualeat testamentum, sufficit ea obseruatio, quam supra exposuimus de familiae uenditione et de testibus et de nuncupationibus. § 116. Ante omnia requirendum est, an institutio heredis solemni more facta sit: nam aliter facta institutione nihil proficit, familiam testatoris ita uenire, testesque ita adhiberi, itaque nuncupari testamentum, ut supra diximus. § 117. Solemnis autem

[155]) Ob auch der Emancipatus exheredatus, wenn er allein steht? — Ich zweifle sehr, trotz des allgemeinen Ausdruckes: *liberis exheredatis*. Dieser nemlich ist nur im ordo: unde liberi zur B. P. berufen, also nach dem scriptus heres. Ueberdies hat er ja gar keine hereditatis petitio, und so kann von einem *jus suum conservandum* bei ihm nicht die Rede seyn. Steht indessen ein Suus exheredatus neben ihm, so tritt reine Intestaterbfolge ein, und dann succediren Beide zusammen. (Siehe den folgenden Aufsatz in diesem Hefte.) Uebrigens berührt diese Frage unsere gegenwärtige Untersuchung überall nicht, da ich hier eben nur von den Collisionen zwischen dem heres und dem bonorum possessor secundum tabulas zu sprechen habe.

institutio haec est: Titius heres esto. sed et illa iam comprobata uidetur: Titium heredem esse iubeo, at illa non est comprobata: Titium heredem esse uolo. set et illae a plerisque inprobatae sunt: heredem instituo, item: heredem facio. § 118. Obseruandum praeterea est, ut si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, *(auctoribus iis, quos)* tutores habet, facere debeat: alioquin inutiliter iure ciuili testabitur. § 119. Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti *bona* [156]) pollicetur: *(et)* si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, uelut frater eodem patre natus, aut patruus, aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem. nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non ualeat, uelut quod familia non uenierit, aut nuncupationis uerba testator locutus non sit. § 120. Sed uideamus, an etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur. rescripto enim Imperatoris Antonini [157]) significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse aduersus eos, qui ab intestato uindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali. § 121. Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad feminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quod uerbi gratia

[156]) In der Berliner Ausgabe (ed. 2.) steht zwar statt: *bona,* hereditatem; allein die Note zeigt, daß das Wort nicht deutlich zu lesen sey, und die mitgetheilten Züge der Handschrift scheinen eher auf: *bona,* zu führen.

[157]) Daß hierunter Marcus Aurelius zu verstehen sey, habe ich schon oben pag. 98. Note 128. bemerkt. Schrader, („Was gewinnt die Röm. Rechtsgeschichte durch Cajus Institutionen?" *pag.* 48.) nennt statt dessen den Antoninus Pius; v. Savigny aber (Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 5, *pag.* 18. Note 24.) ist mit mir gleicher Meinung.

familiam non uendiderint, aut nuncupationis uerba locutae non sint: an autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, uidebimus. § 122. Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentium aut patronorum tutela sunt, sed de his, quae alterius generis tutores habent, qui etiam inuiti coguntur auctores fieri. alioquin parentem et patronum, sine auctoritate eius facto testamento, non summoueri palam est.

Zuvörderst ist zu untersuchen, ob sich der Wirkungskreis des besprochenen Rescriptes nicht etwa weiter erstreckt haben möge, als ich angegeben.

Bereits oben ist das aus Papinian's libri definitionum entnommene *Fr. 1. de injusto etc.* mitgetheilt, wo der Jurist ausdrücklich und förmlich definirt: Testamentum non jure factum dicitur, ubi solemnia juris defuerunt. Um nun darzuthun, daß Gajus hier der Bezeichnung: tabulae testamenti non jure factae, auch ganz dieselbe Bedeutung unterlege, habe ich theils eben schon nicht bloß den § 120, auf welchen es hauptsächlich ankommt, sondern auch die mit ihm unmittelbar zusammenhängenden §§ abdrucken lassen, theils will ich die Folgereihe der Lehren bei Gajus kürzlich darlegen.

Mit § 99 des zweiten Buches fängt er das Erbrecht an, und beginnt mit den Testamenten, indem er in § 101 bis 108 theils die älteren Formen, theils und genauer das testamentum per aes et libram beschreibt, und dann in § 109—111 die Privilegien des testamentum militis hinzufügt. Hieran schließt sich die Lehre von der testamentifactio, wovon jedoch in § 112 und 113 nur der Schluß zu lesen ist. Der § 114 bildet den Uebergang zu der abgedruckten Stelle, die davon handelt, was man beobachten müsse, um secundum juris civilis regulam zu testiren, und danächst von den Folgen einer

Vernachlässigung dieser Vorschriften. Erst jetzt kommt der Verfasser in § 123 und 124 auf Exheredation und Präterition, oder auf das testamentum injustum, knüpft hieran wieder die contra tabulas B. P., so wie deren Beschränkung in Bezug auf die präterirten Töchter durch ein andres schon erwähntes Rescript Marc. Aurel's, in § 125 und 126; beschreibt im folgenden § die Form der Exheredation, und geht endlich zu dem testamentum ruptum, vel agnatione posthumi, wobei wieder die contra tabulas B. P. berührt wird, vel posteriore testamento jure facto, und zum testamentum irritum über, bis § 146, worauf er mit Bemerkungen über die B. P. secundum tabulas, und wann dieselbe cum re oder sine re sey, den ganzen Abschnitt über die delatio hereditatis ex testamento beschließt.

Schon aus dieser Reihenfolge der Materien läßt sich also der Schluß ziehen, daß das fragliche Rescript sich lediglich auf diejenigen Testamente beziehe, die wegen Mängel in den Solennien des Civilrechts ungültig sind; denn nur von den Formen der Errichtung und der Institutionen [158]) ist bisher die Rede gewesen, aber gar nicht von dem materiellen Inhalte des Testaments. Auf Jene deuten denn auch, — ganz

[158]) Ohne Zweifel ist auch Dasjenige ein testamentum non jure factum, in welchem zu allen Erbeseinsetzungen improbirte Formeln, etwa: heredem instituo, vel facio, vel esse volo, gebraucht waren; — (Kommen nur einzelne Institutionen dieser Art vor, so sind nur sie non jure scriptae; das Testament selbst mit den übrigen solennen Einsetzungen ist jure factum;) — und so dürfte man zu dem Schlusse berechtigt scheinen, daß auch der inprobata institutione Berufene durch unser Rescript gegen den legitimus in Schutz genommen werde. Ich glaube aber, daß ein solcher non jure scriptus heres die B. P. secundum tabulas gar nicht gültig erbitten und bekommen konnte. Erstens nemlich bedurfte es in diesem Falle durchaus keiner separaten Untersuchung des Judex in einem judicium de hereditate, ob das Testament, (oder respective die einzelne Erbeinsetzung,) zu Recht beständig sey, oder nicht, sondern sogleich bei Vorzeigung der tabulae ergab schon der Augenschein die Ungültigkeit. Also kaum zur Anordnung eines judicium war Grund vorhanden; viel weniger dazu, dem offenbar ungültig Instituirten die Vindicien zu ertheilen. Sodann finden wir auch eine directe Bestätigung in *Fr.* 11, *pr. de B. P. contra tab.* (Paulus)

abgesehen von dem oben nachgewiesenen technischen Gebrauche des Ausdruckes: tabulae testamenti non jure factae, — die Beispiele, welche Gajus anführt: quod verbi gratia familiam non vendiderint, aut nuncupationis verba locutae non sint. Selbst der Zweifel darüber, ob das Rescript auch auf die Testamente der Frauenzimmmer, die ohne tutoris auctoritas errichtet worden, zu beziehen sey, bestätigt meine Annahme, indem Gajus sagt: das verstehe sich von selbst, daß aus dem Testamente eines sub legitima tutela stehenden Frauenzimmers, welches ohne Einwilligung des Tutors testirt habe, die B. P. nicht cum re gegeben werden könne; es handle sich hier nur um die vernachläßigte auctoritas solcher Tutoren, die auch gegen ihren Willen zu auctoriren genöthigt wären. Hier ist also eben die Frage, ob die versäumte Zuziehung eines solchen Tutors nicht bloß als ein Mangel in Rücksicht der Solennitäten zu betrachten sey, während das

Si in adoptionem datus, sub condicione scriptus sit heres a naturali patre, alio committente contra tabulas Edictum, et ipse veniet: sed si defecerit condicio, repellitur ab ea possessione. Idem puto et in eo, qui pure quidem, sed non jure scriptus sit heres. Eine Institution, welche, commisso per alium edicto, dennoch nicht zur contra tabulas B. P. berechtigte, konnte auch sonst nicht zur Erlangung der B. P. secundum tabulas genügen. Der Ausdruck: *non jure scriptus*, kann aber wohl keinen Andern als den, qui formula inprobata institutus est, bezeichnen. Eben so sagt auch Ulpian in *Fr.* 6. *de B. P. sec. tab.* Hi demum sub condicione heredes instituti bononorum possessionem secundum tabulas, etiam pendente condicione, necdum impleta, petere possunt, qui utiliter sunt instituti: quod si inutiliter quis sit institutus, nec ad bonorum possessionem inutilis institutio proficit; wo ich gleichfalls unter *inutilis institutio* wieder die von Gajus, *l. c.* § 117, inprobata Genannte verstehen möchte. Endlich erklärt sich nur unter dieser Voraussetzung das bekannte Gesetz von Constantin, *c.* 15. *C. de testamentis.* — Nec enim interest, si dicatur, heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit etc. — Denn wenn schon zur Zeit des classischen Rechts der inprobata, institutione Berufene die B. P. secundum tabulas gültig hätte erlangen können, und dann auch seit Marc. Aurel durch die doli exceptio gegen den legitimus heres geschützt worden wäre, so ist gar nicht abzusehen, wozu es jener Constitution noch irgend bedürfen mochte; denn zu Constantin's Zeit stand das Prätorische Testament ja ganz ausgemacht bereits seit einem Jahrhunderte auf gleicher Stufe mit dem Mancipations-Testamente

sub legitima tutela lebende Frauenzimmer ohne Einwilligung des Tutors gar nicht zu testiren fähig ist, und ihr Testament also wegen eines relativen Mangels der testamentifactio als nullum behandelt werden muß.

Ich halte es demnach für ganz ausgemacht, daß die Anwendung jener durch das kaiserliche Rescript eingeführten doli exceptio sich lediglich auf das Testament mit sieben Siegeln, welches aber wegen etwaniger Fehler in der Form, und zwar nur wegen dieser Fehler, civilrechtlich nicht gültig ist, also mit andern Worten: auf das Testament, welches wir das Prätorische zu nennen gewohnt sind, beschränke; und daß dem bonorum possessor secundum tales tabulas die Exception auch nur gegen die klagenden Intestaterben, nicht aber gegen den heres, qui ex priore testamento jure facto hereditatem vindicat, habe ertheilt werden dürfen.

Wenn nun mehrere Rechtslehrer [159]) das Rescript allgemein auf jede Art der B. P. secundum tabulas aus einem civilrechtlich ungültigen Testamente angewandt wissen wollen, der Grund der Ungültigkeit möge seyn, welcher er wolle, so scheint es mir dieser Ansicht nicht nur an allem Beweise zu fehlen, sondern Gajus und Ulpian, — der nachher zu beleuchtenden Pandektenstelle nicht einmal zu gedenken, — dürften ihr gradezu widersprechen.

Gajus, wie gesagt, kommt später noch einmal auf die B. P. secundum tabulas zurück, und spricht hier im allgemeinen von ihr.

Inst. 2, § 148. *(Qui autem)* secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non iure factae

[159]) U. A. Schrader, „Was gewinnt die Röm. Rechtsgeschichte „durch Cajus Institutionen?" *pag.* 48.

sint, aut iure factae postea ruptae, uel inritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo posssunt hereditatem optinere, habebunt bonorum possessionem cum re: si uero ab iis auocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re. § 149. Nam si quis heres iure ciuili institutus sit uel ex primo, uel ex posteriore [160]) testamento, uel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem auocare: si uero nemo sit alius iure ciuili heres, ipsi retinere hereditatem possunt . . . . . . [161])

Wie könnte der Verfasser dies als geltendes Recht aufstellen, wenn zu seiner Zeit die bonorum possessores secundum tabulas injustas, ruptas, irritas etc., Alle promiscue durch eine doli exceptio gegen die hereditatis petitio eines jeden nicht grade zur contra tabulas B. P. berufenen Civilerben geschützt worden wären?

Ferner finden wir in Ulpian's Fragmenten, der ja lange nach Gajus schrieb, und also das rescriptum D. Marci sehr gut kennen mußte, folgende beide Stellen:

tit. 23, § 6. Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet jure civili ruptum, vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredibus juxta tabulas bono-

160) z. B. Der nach Errichtung des Testaments geborne aber vor dem Vater wieder gestorbene posthumus war bei den Institutionen präterirt, gegen die Substituirten aber exheredirt. Hier ist der institutus zwar zur B. P. secundum tabulas, der substitutus aber zur hereditas berufen.

161) Von der in der Handschrift des Gajus hier folgenden Blattseite (92.) sind leider nur einzelne unzusammenhängende Bruchstücke zu lesen. Es wird darin allerdings wieder unseres Rescriptes gedacht: „et hoc ita rescripto Imperatoris Antonini significatur." (§ 151. *i. f.*) aber eben so auch wieder der mangelnden Solennitäten: „aut quod familia non uenierit, aut nuncupationis uerba testator locutus non sit. Man sieht also, Gajus berichtete hier die Ausnahmen von der in § 148 und 149 *citt.* aufgestellten Regel; ja der Schluß des Ganzen scheint sich mit einer uns unbekannten, die B. P. ab intestato betreffenden Anordnung zu beschäftigen, die ebenfalls in jenem Rescripte enthalten gewesen seyn müßte.

rum possessionem dat, si testator et civis Romanus et suae potestatis cum moreretur, fuit: quae bonorum possessio cum re, id est, cum effectu habetur, si nemo alius jure heres sit.

tit. 28, § 6. Etiamsi jure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio, vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis, bonorum posses sio datur.

Ulpian sagt in der ersten Stelle ausdrücklich, daß die B. P. aus einem testamentum ruptum und irritum nur dann cum re sey, wenn gar kein Civilerbe existire. [162]) In der zweiten Stelle dagegen, wo er von der Ungültigkeit eines Testamentes wegen fehlender Solennitäten spricht, fügt er jene Beschränkung nicht hinzu, und läßt somit aus seinem Stillschweigen folgern, daß in diesem Falle der bonorum possessor gegen den Civilerben geschützt werde. Unstreitig weiset uns also diese zweite Stelle wieder auf das Rescript Marc. Aurel's und auf Gajus hin, indem dieselben Beispiele, und fast mit denselben Worten, wie von Letzterem: „forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit," vorgetragen werden. Freilich ist Ulpian hier nicht ganz genau; denn wie aus der Stelle des Gajus erhellt, ward die doli exceptio nur gegen den legitimus heres, nicht aber auch gegen den heres, qui ex priore testamento jure facto hereditatem vindicat, gewährt; allein theils lag es gar nicht in seiner Absicht, hier in dem kurzen Lehrbuche Alles genau zu

[162]) Daß hier die B. P. unde cognati und unde vir et uxor gegen die B. P. secundum tabulas zurückstehen müsse, versteht sich von selbst, und habe ich am Schlusse des vorigen Abschnittes *(pag. 77.)* ausdrücklich hierauf aufmerksam gemacht. Uebrigens ist Ulpian's Regel etwas zu weit gefaßt; denn in dem Falle, auf welchen sich das obgedachte Hadrianische Rescript bezieht, wird ja der bonorum possessor secundum tabulas testamenti rupti gegen jeden legitimus heres, der nicht ein Suus ist, geschützt.

detailliren; theils sagt er denn doch auch nicht gradezu, daß die B. P. secundum tabulas in diesem Falle stets cum re gegeben werde, und das Argument aus seinem Stillschweigen darf deshalb nicht gepreßt werden; theils endlich war zu seiner Zeit schon eine andere, danächst zu erörternde Neuerung eingetreten, welche den bonorum possessor secundum tabulas minus solemnes s. non jure factas, sehr häufig auch gegen den heres ex priore testamento schützte.

Noch ein Hauptgrund für meine Ansicht über den beschränkten Kreis der Anwendung des rescriptum D. Marci ist nun endlich der Umstand, daß wir im Justinianischen Rechte, nnd namentlich in der Digesten-Compilation, desselben auch mit keiner Silbe gedacht finden.

Um dieses zu erklären, muß ich etwas weiter ausholen.

Nach dem Berichte Justinian's in den Institutionen, (§ 1—3. *I. de testamentis ordinandis.*) sind wir gewohnt, das testamentum per aes et libram und das Prätorische Testament als zwei ganz verschiedene Arten zu betrachten, welche wenigstens bereits zu Cicero's Zeit mit gleichem Range neben einander bestanden hätten. [163]) Dieser Ansicht scheint freilich schon der Umstand zu widersprechen, daß in den Pandekten, — so weit mir wenigstens bekannt, — die Ausdrücke: testamentum praetorium, oder praetorio jure testari, nirgends vorkommen; man könnte indessen einwenden,

[163]) Vgl. v. Savigny, Beitrag zur Geschichte der Römischen Testamente; in der Ztschr. f. geschichtl. Rechtswiss., Bd. 1, *pag.* 78 ff. Hier heißt es: „Es ist nemlich bekannt und unzweifelhaft, daß im frühe„ren Rechte, d. h. schon zur Zeit der Republik und noch geraume Zeit „nachher, zwei verschiedene Formen des schriftlichen Privattestaments exi„stirten, beide vollgültig, so daß man zwischen beiden die Wahl hatte: „das Civiltestament mit Mancipation, und das prätorische mit sieben Zeu„gen nnd sieben Siegeln.“ Ich muß jedoch bemerken, daß mein verehrter Lehrer diesen Aufsatz vor der Entdeckung des Gajus geschrieben hat, und daß er bereits im Sommer des Jahres 1819 die Lehre vom Prätorischen Testamente im Wesentlichen fast eben so vortrug, als ich sie im Texte dargestellt habe.

daß Tribonian diese Bezeichnungen, so oft sie in den excerpirten Schriften sich fanden, gestrichen und mit andern vertauscht haben werde, weil im Justinianischen Rechte das Prätorische Testament, als solches, keine Geltung mehr habe. Allein, und dies ist wohl durchgreifend, auch Gajus und Ulpian wissen noch nichts von dem Prätorischen Testamente, als einer besondern Gattung, und Beide sagen ausdrücklich, das Mancipations-Testament sey das Einzige, welches zu ihrer Zeit im Gebrauche wäre.

Gaji *Inst.* 2, § 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum [164]) in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est.

Ulp. *tit.* 20, § 2. Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est. Illis duobus testamentis abolitis, hodie solum in usu est, quod per aes in libram fit, id est, per mancipationem imaginariam.

Nichts desto weniger reden Beide sehr häufig von dem mit sieben Siegeln versehenen Testamente, aus welchem die B. P. secundum tabulas ertheilt werde. Wie läßt sich dies nun zusammen reimen?

Nach Ulpian (*tit.* 20, § 2—6.) und Gajus (*Inst.* 2, § 105—108.) mußten bei Errichtung des Mancipations-Testamentes fünf Zeugen, ein familiae emtor und der libripens, zusammen also sieben Personen, zugezogen werden; und was die beiden Letztgenannten betrifft, so mußten auch Diese alle Eigenschaften besitzen, welche man bei den Zeugen erforderte; ja vom libripens sagt Gajus ausdrücklich: nam et is testium numero est. Durch Sitte und Gewohnheit stellte es sich nun schon in früher Zeit fest, daß diese sieben

[164]) scil. testamenta calatis comitiis, vel in procinctu facta.

Personen, die nach dem eben Gesagten auch abusive septem testes genannt wurden, das schriftlich abgefaßte Testament [165]) versiegelten, und neben den Siegeln ihren Namen und den Namen des Testators schrieben. [166]) Ein fertiges Mancipations-Testament hatte also die Form einer mit sieben Siegeln verschlossenen Rolle; und in dieser Form fand es der Prätor vor, als er zuerst den Satz: Si de hereditate ambigitur etc. in sein Edict aufnahm, und damit den Grundstein zu dem Institute der B. P. legte. Somit bedeuten denn die Worte: tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oporteat, [167]) nichts Anderes, als ein der äußerlichen Gestalt und Form nach gültig scheinendes Mancipations-Testament.

Wer ein solches Testament vorzeigte, erhielt die B. P. secundum tabulas; wenn sich aber nachher im judicium

[165]) In älterer Zeit war die schriftliche Abfassung wohl wesentlich und nothwendig, wie auch schon die Formel der nuncupatio testamenti zeigt: Tabulas testamenti testator tenens ita dicit: Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos, Quirites, testimonium perhibetote. (Ulp. *tit.* 20, § 9. cf. Gaji *Inst.* 2, § 104.) Späterhin erst, als das Civilrecht mündliche Testamente gelten ließ, gestattete auch der Prätor aus Solchen eine B. P. secundum nuncupationem. In den Pandekten finden wir nur Ein sicheres Beispiel hievon, und zwar bei einer Pupillar-Substitution, die der Testator, als er sein schriftliches Testament solennisirte, mündlich hinzugefügt hatte. (*Fr.* 8, § 4. *de B. P. sec. tab.* Julianus. u. *Fr.* 20, *pr. de vulg. et pupill. subst.*) cf. *c.* 2. *C. de B. P. sec. tab.* (Gordianus. 243 a. Chr.) Ueberhaupt ist die Geschichte des mündlichen Testaments noch sehr dunkel. Nach obigen Stellen des Gajus und Ulpian müßte man glauben, daß zu ihrer Zeit nur schriftliche Testamente gültig gewesen seyen; und doch spricht in *Fr.* 21, *pr.* § 1. *qui testamenta,* derselbe Ulpian von dem mündlichen Testamente, (vel nuncupare heredes, vel scribere,) als von einer alltäglichen Sache; und in *Fr.* 25, *eod.* erwähnt Javolenus bereits verschiedene Aeußerungen von Servius, Varus und Labeo, die sich ebenfalls nur auf ein mündliches Testament beziehen können. cf. *Fr.* 20. *de jure codicillorum.* u. *Fr.* 20, § 1. *de vulg. et pup. subst.*

[166]) *Fr.* 30. *qui testamenta.* (Paulus.) Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cujus testamentum signaverit.

[167]) Cicero, *in Verrem. act.* 2, *lib.* 1, *cap.* 45. Daß die Worte: *e lege,* wohl lediglich so viel heißen, als: *jure civili*, bemerkt schon v. Savigny, *l. c. pag.* 86.

de hereditate ergab, daß dasselbe dennoch nicht dem jus civile gemäß errichtet sey, daß etwa die familiae venditio oder die nuncupatio testamenti nicht gehörig beobachtet worden, so mußte das Testament für ungültig (non jure factum) erklärt werden, und der scriptus heres konnte aus selbigem die hereditas nicht erwerben, sondern mußte die bona, deren possessio er bisher gehabt hatte, dem legitimus heres restituiren. Nur wenn überall kein legitimus vorhanden war, behielt, wie schon bemerkt ist, (pag. 77, f.) der bonorum possessor secundum tabulas testamenti non jure factas (s. non rite perfectas) die Verlassenschaft; denn die vom Prätor erst hinter ihm berufenen Cognaten und der überlebende Ehegatte des Erblassers konnten ihn natürlich eben so wenig verdrängen, als, nach Einführung des ordo: unde liberi, die in einem solchen Testamente exheredirten, also eben nur zur B. P. unde liberi berechtigten, emancipirten Kinder.

Erst unser rescriptum Divi Marci änderte diesen Rechtszustand. Bisher hatte fast Niemand die strenge civilrechtliche Form des Mancipations-Testamentes ungestraft vernachläßigen dürfen; und so wird eine solche Vernachläßigung auch immer nur zufällig, und aus Versehen statt gefunden haben. Von jetzt an aber, wo dem in einem solchen mangelhaften Testamente eingesetzten Erben durchgehends die exceptio doli gegen den klagenden legitimus heres bewilligt ward, konnte jeder Testator sich ruhig und absichtlich über die Umständlichkeit und Silbenstecherei der civilrechtlichen Form hinwegsetzen; weil sein Testament, auch ohne Beobachtung derselben, dem endlichen Erfolge nach, dieselbe Kraft haben mußte, als wenn er sich bei dessen Errichtung auch noch so ängstlich an die Vorschriften des jus civile gebunden hätte. Also erst seit diesem Rescripte

kann von dem Prätorischen Testamente, als einer besondern und gültigen Form des letzten Willens die Rede seyn; und eben durch dieses Rescript wurde es zu einer selbständigen Gattung erhoben, welche dem Mancipations-Testamente als fast ebenbürtig gegenüber gestellt werden darf. [168])

Gegen diese Gleichstellung könnte freilich noch eingewandt werden, daß das Rescript dem bonorum possessor secundum tabulas jene doli exceptio nur gegen die Intestaterben, und nicht auch gegen den in einem früher errichteten Mancipations-Testamente ernannten heres, gewähre; indessen ist dieser Umstand nicht von großer Bedeutung; denn wenn der Testator, der mit absichtlicher Vernachlässigung der strenge civilen Form testirt, auch wirklich früher ein testamentum per aes et libram errichtet hatte, so stand es ja in seiner Hand, Dieses zu vernichten, und dadurch jede Succession aus Selbigem unmöglich zu machen. [169]) Ja, selbst wenn er dies versäumte, wurden in einem der wichtigsten Fälle, welcher sogleich erörtert werden soll, [170]) dennoch die Erben aus dem neueren Prätorischen Testamente gegen den in dem früheren Mancipations-Testamente Berufenen geschützt.

[168]) Erst in Folge hievon werden sich denn auch die Kunstausdrücke: praetorio jure testari, und praetorium testamentum, allmälig gebildet und eingebürgert haben. Die älteste Spur derselben finden wir in einer corrumpirten Stelle aus: **Pauli** *sententiae receptae,* welche uns in: *Collatio, tit.* 16, § 3. aufbewahrt ist, und wohl folgendermaßen gelesen werden muß: Sane, jure praetorio factum testamentum objecta doli exceptione optinebit. Vgl. *Jus civile antejustinianeum, ed.* **Hugo.** *pag.* 1470. Note o) und p).

Siehe übrigens auch: *Fr.* 23. *qui testamenta.* (**Ulp.**) — testamentum .... utroque jure valebit: tam civili, quam praetorio. Eben so hat in *Fr.* 29. *eod.* (**Paulus**) ursprünglich wohl: neutro jure perfectum, gestanden, wofür die Compilatoren denn: nullo jure, setzten.

[169]) *Fr.* 1, § 3. *Fr.* 4. *de his, quae in testamento delentur.* cf. *Fr.* 1, § 8. *si tab. test. nullae extabunt, unde liberi.*

[170]) *Fr.* 2. *de injusto etc.*

Im Justinianischen Rechte nun ist durch die Verschmelzung des Mancipations-Testaments mit dem Prätorischen eine neue Form der schriftlichen Testamente gebildet und zur allein Gültigen erhoben. [171]) Von einem Prätorischen Testamente, als solchem, ist also jetzt auch weiter nicht die Rede; und damit fällt nothwendig die ganze Bedeutung des Marc-Aurelischen Rescriptes weg; denn von nun an durfte die B. P. secundum tabulas nur aus einem nach der neuen Vorschrift gültig errichteten Testamente gegeben werden. Folglich war es auch durchaus verständig, daß die Compilatoren keine von diesem Rescripte handelnde Stelle in die Digesten und den Codex aufnahmen. Umgekehrt aber bestätigt wieder die Nichterwähnung des Rescriptes in der Compilation die Richtigkeit meiner Annahme, daß Selbiges sich lediglich auf das testamentum non jure factum, welches auch sonst non rite perfectum oder inperfectum [172])

[171]) § 3. *I. de testamentis ordinandis.* Ueber die Art und Weise, wie die neue Testamentsform ausschließliche Gültigkeit erlangte, ist das Genauere in der obgedachten Abhandlung von v. Savigny höchst treffend entwickelt.

[172]) Der Ausdruck: testamentum inperfectum, ist übrigens zweideutig. Eine Hauptstelle für die Terminologie ist *Fr.* 6, *pr. de Lege Cornelia de falsis.* (Vgl. Cujacius, *ad Africanum, Tract.* 3, *ad hunc locum*, mit welchem ich indessen nicht ganz übereinstimme.) Perfectum, — vollzogen, — heißt hienach ein Testament, sobald es von den Zeugen besiegelt ist. Darum ist es aber noch nicht grade rite perfectum; vielmehr kommt ihm diese Bezeichnung nur dann zu, wenn alle Solennitäten des jus civile beobachtet sind. Das Testament muß aber besiegelt, also vollzogen, (perfectum) seyn, bevor überall in Frage kommen kann, ob es jure factum (rite perfectum) sey, oder nicht; denn bis dahin ist es gar kein Testament. — (Africanus.) .... Hoc tamen tunc verum est, cum perfectum testamentum erit: ceterum si non signatum fuerit, magis est, ut SCto locus non sit: sicuti nec interdictum de tabulis testamenti exhibendis locum habet: prius enim oportet esse aliquod testamentum, vel non jure factum, ut SCto locus sit: nam et falsum testamentum id demum recte dicitur, quod, si adulterinum non esset, verumtamen testamentum recte dicetur: similiter igitur et non jure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, jure factum diceretur. — Solchemnach kann mit dem Ausdrucke testamentum non perfectum s. inperfectum, zweierlei gemeint seyn; entweder 1) ein unfertiges, noch gar nicht vollzogenes Testament, oder 2) ein zwar Vollzogenes, (Besiegeltes,)

genannt wird, bezogen habe. Wenn dagegen, nach Schrader's Meinung, jenes Rescript wirklich auch den bonorum possessores secundum tabulas testamenti injusti, vel rupti, vel irriti, irgend Schutz gewährt hätte, so würde die Unterdrückung desselben durch die Compilatoren nicht nur sehr tadelnswerth, sondern auch ganz unbegreiflich seyn.

Ich komme jetzt zu der dritten bereits mehrmals angedeuteten Rechtsänderung. Ulpian nemlich lehrt uns in *Fr*. 2, *de injusto etc.* Folgendes.

Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est: nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest: tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur.

Der Wortsinn dieser Stelle scheint einfach und klar. „Das frühere Testament wird durch ein späteres auch nicht „auf völlig solenne Weise Errichtetes dennoch aufgehoben, „sobald in Letzterem Derjenige zum Erben eingesetzt ist, [173]) „welcher zur Intestat-Succession gelangen könnte." Untersuchen wir die Sache aber juristisch, so stoßen wir auf die größten Schwierigkeiten.

Zuerst drängt sich die Frage auf: Wird im gedachten Falle das frühere Testament ipso jure rumpirt, so daß eine civilrechtliche Ungültigkeit eintritt; oder wird es nur auf

das aber nicht rite perfectum ist, das s. g. Prätorische Testament. Welche von beiden Bedeutungen im einzelnen Falle unterzulegen sey, ergiebt sich meist aus dem Gegensatze. So z. B. in dem danächst zu interpretirenden *Fr*. 2. *de injusto etc.*, wo das testamentum non perfectum dem rite perfectum gegenübergestellt wird, kann nur ein Prätorisches Testament gemeint seyn. Eben so auch in *Fr*. 1, § 5. *de tabulis exhib.*, (Vgl. die oben abgedruckte Stelle.) und in *Fr* 2, § 1. *testamenta quemadm. aperiantur.*, wo übrigens gegen Cujaz, die Florentin. Lesart: *itemque*, wohl beibehalten werden muß. (Vgl. *Fr*. 3, § 9. *eod.*)

[173]) Daß ich den Satz: nisi forte posterius vel jure militari sit factum, als für uns ohne alles Interesse, ganz bei Seite stelle, bedarf wohl keiner Rechtfertigung.

indirecte Weise durch einen dem bonorum possessor secundum tabulas posterioris testamenti non rite perfecti verliehenen Rechtsschutz unwirksam gemacht? — Und ferner: Wenn die erste Alternative, — für die allerdings der Ausdruck: *rumpitur*, zu sprechen scheint, — als richtig gesetzt wird, [174]) soll nun reine Intestaterbfolge Statt haben, so daß das zweite Testament eigentlich zu weiter gar nichts dient, als das Frühere umzustoßen, oder wird der hier eingesetzte Erbe bonorum possessor secundum tabulas?

Wie gesagt, die Worte: tunc enim superius rumpitur testamentum, deuten eigentlich entschieden auf eintretende civilrechtliche Ungültigkeit; und dennoch hat diese für Ulpian's Zeit die allergrößte innere Unwahrscheinlichkeit, besonders da im Sinne Ulpian's unter dem Ausdrucke: *testamentum non rite perfectum*, eben nichts anders, als das s. g. Prätorische Testament verstanden werden kann.

Grade dieser letzte Umstand dürfte zur Lösung des Räthsels führen.

Ich habe vorhin nachgewiesen, daß das rescriptum Divi Marci mit gutem Grunde in den Pandekten keine Erwähnung gefunden habe; und so liegt der Einwurf sehr nahe, daß, wenn der in unserer Stelle vorgetragene Rechtssatz sich ebenfalls auf das Prätorische Testament bezöge, und sich also an die Vorschrift jenes Rescriptes unmittelbar anreihete, ja dieselbe nur auf einen neuen Fall ausdehnte, daß dann, sage ich, die Aufnahme dieses Ulpianischen Fragmentes in die Compilation als inconsequent erscheinen müsse.

Hierauf ist nun Folgendes zu erwiedern: Die Novelle des jüngern Theodosius, dieselbe, welche nach ihrer Stellung im Justinianischen Codex *(c. 21. de testamentis.)*

[174]) Unter dieser Voraussetzung würde unsre Stelle einen Satz des Civilrechts ohne allen Bezug auf das Edict und die B. P. enthalten.

die neue Form der schriftlichen Testamente zur ausschließlich Geltenden erhebt, enthält folgende Bestimmung.

Nov. Theod. II. tit. 16, § 7. Si quis autem testamento jure perfecto postea ad aliud venerit testamentum, non alias, quod ante factum est, infirmari decernimus, quam id, quod secundo facere testator instituit, jure fuerit consummatum, nisi forte, in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem successionemve venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur. Eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere censemus. In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficient: quo non facto, valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei. [175])

Diese Verordnung hat offenbar einige Aehnlichkeit mit dem Satze, welchen Ulpian in *Fr.* 2, *cit.* vorträgt. Der Ausdruck testamentum inperfectum bezeichnet hier zwar etwas ganz Anderes, als was Ulpian damit bezeichnen konnte, nemlich eine durch die Aussage von fünf geschwornen Zeugen bewahrheitete letztwillige Verordnung; allein diese Verschiedenheit der Bedeutung jenes Ausdruckes ward durch die Einschaltung des *Fr.* 2, *cit.* in die Justinianischen Rechtsbücher vernichtet; denn da in diesen ein Prätorisches Testament, als solches, nicht mehr vorkommt, und da die Benennung *testamentum inperfectum* eben durch *c.* 21, § 3. *cit.* einen neuen, genau abgegrenzten Inhalt erlangt hat, so darf nun auch unter dem testamentum non rite

[175]) Diese Stelle findet sich, bis auf einige ganz unbedeutende Varianten, wörtlich wieder in: *c.* 21, § 3. *C. de testamentis.*

perfectum des *Fr.* 2, *cit.*, im Zusammenhange des Justinianischen Rechts, natürlich nur jenes durch fünf Zeugen Bekräftigte verstanden werden. Darum konnten denn die Compilatoren, ohne Rücksicht auf die ursprünglich verschiedene Bedeutung jenes Wortes zu nehmen, unser Fragment den Pandekten einverleiben, gleichsam als einen Beweis, daß das, was Theodosius angeordnet habe, auch dem alten Rechte schon nicht fremd gewesen sey.

Nun ergab sich aber eine zweite Verschiedenheit des Inhaltes beider Stellen. Nach der Theodosischen Novelle soll das durch fünf Zeugenaussagen bestärkte Testament nur die Kraft der codicilli ab intestato haben, während Ulpian, nach meiner sogleich noch näher zu begründenden Ueberzeugung, im Verfolge seines Vortrages grade umgekehrt entwikkelt haben wird, daß der in einem Prätorischen Testamente eingesetzte Intestaterbe als bonorum possessor secundum tabulas gegen den heres ex priore testamento jure facto (s. rite perfecto) geschützt werden solle. [176]) Um nun auch in dieser Hinsicht den alten Juristen dem neuen Rechte zu conformiren, blieb nichts übrig, als die Anwendung des Messers. Die Compilatoren strichen jene weitere Entwickelung des Rechtsverhältnisses, die bei Ulpian unbezweifelt folgte, und flickten statt dessen den platt wiederholenden Schlußsatz an: *tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur*; dessen ganze Fassung schon beweiset, daß er nicht von Ulpian herrühren könne.

Wenn also je irgend in den Digesten, so ist bei unserm *Fr.* 2, *cit.* die duplex interpretatio anzuwenden.

[176]) Gewiß auf gleiche Weise, wie gegen den Intestat-Erben in der hier unmittelbar vorher behandelten Kategorie; also auch durch Ertheilung einer doli exceptio.

Zum Beweise der Richtigkeit dieser meiner Ansicht über den ursprünglichen Inhalt unseres Fragments berufe ich mich, — außer den innern Gründen, die sich nach der bisherigen Ausführung aus dem systematischen Zusammenhange des Rechts ergeben, — noch besonders auf die berühmte Stelle von Gajus, nemlich:

Fr. 12, § 1. *de B. P. contra tab.* Si prius testamentum exstet jure factum, quo filius exheredatus est: sequens inperfectum, in quo praeteritus sit filius: posteriore testamento praeteritus recte petet bonorum possessionem, si remoto quoque filio potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes: et ita jus habet, ut cum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit optinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem: si vero ille non possit optinere hereditatem, filius quoque excludatur.

Hier wird eigentlich derselbe Fall vorgetragen, nur in specieller Beziehung auf das Recht eines Dritten zur contra tabulas B. P., die uns für unsern jetzigen Zweck nicht interessirt. Es liegt ein früheres testamentum jure factum und ein späteres inperfectum (non jure factum, ein s. g. Prätorisches,) vor; und es wird gesagt, daß nach Verschiedenheit der Fälle bald die in jenem Ersten, bald die in diesem Zweiten instituirten Erben die potiores seyn, und den Nachlaß behalten können; [177]) wobei wir zugleich eine bestimmte Hinweisung auf die B. P. erhalten. Wann und unter welchen Bedingungen das Eine oder das Andere Statt finde, erörtert Gajus nicht weiter; hier aber hilft

[177]) Daß eine civilrechtliche Ruptur des ersten Testamentes durch das Zweite hier nicht bewirkt sey, versteht sich von selbst. Anders verhielte es sich, wenn Letzteres ein solennes Mancipationstestament, und daneben der Präterirte ein **Emancipatus** wäre.

9 *

uns eben unser *Fr.* 2, *cit.* aus; und so ergänzen beide Stellen einander.

Ich will versuchen die Verhältnisse des in *Fr.* 12, § 1. *cit.* vorgetragenen Falles durch ein Beispiel klar zu machen. Vorher müssen wir aber noch den Ausdruck: *qui ab intestato venire potest*, in *Fr.* 2, *cit.* genauer betrachten. Wer, frage ich, ist hiemit gemeint, der legitimus, oder der zur B. P. ab intestato zunächst Berufene, oder Beide, gleichviel welcher von ihnen? — Der Testator z. B. hinterläßt als Nächste nur einen filius emancipatus und einen frater consanguineus ejusdem familiae; muß er, um das frühere Mancipations-Testament, (das er vielleicht aus den Händen gegeben hat,) zu beseitigen, in dem neuen Prätorischen Testamente den Bruder, oder den Sohn einsetzen, oder genügt es, wenn er nur Einen von Beiden, gleichviel welchen, instituirt? — Ich wage es nicht hierüber zu entscheiden; nur so viel scheint mir gewiß, daß der in Frage stehende Ausdruck auf den legitimus allein nicht bezogen werden dürfe, und nur zwischen der zweiten und dritten Alternative uns die Wahl bleibe.

Je nachdem man nun Diese oder Jene vorzieht, vermehrt oder verringert sich die Zahl der Fälle, in welchen die von Gajus in *Fr.* 12, § 1. *cit.* aufgestellte Regel zur Anwendung kommen kann.

Verstehen wir unter demjenigen, qui ab intestato venire potest, lediglich den nach der Rangordnung des Edictes zuerst Berufenen, so dürfte folgender Fall der einzige seyn. [178])

[178]) d. h. in Beziehung auf den in *Fr.* 2 *de injusto.* vorgetragenen Satz. Es giebt indessen noch einen andern Fall, wobei dieser Rechtssatz ganz aus dem Spiele bleibt. Das erste Testament nemlich, obwohl jure factum, ist agnatione posthumi rumpirt, der posthumus aber bald wieder gestorben; und jetzt errichtet der Erblasser ein zweites Prätorisches Testament, in welchem er den im ersten Testamente exheredirten Emancipatus präterirt. Hier kann der in primo testamento

Titius, der mehrere Kinder hat, exheredirt diese Alle in einem Mancipations-Testamente, und setzt Fremde zu Erben ein; nachher errichtet er ein neues Testament, welches jedoch nur nach Prätorischem Rechte gültig ist, und instituirt in diesem seine übrigen Kinder, bis auf Eines, welches er präterirt. [179]) Die eingesetzten Kinder können nun die hereditas ex testamento nicht antreten; denn zur hereditas sind eben nur die in dem früheren Mancipations-Testamente Instituirten berufen; [180]) allein sie können die B. P. secundum tabulas erbitten, und nach *Fr.* 2. *de injusto.* sollen

institutus überall nicht heres werden; wohl aber würde er die B. P. secundum tabulas cum re erhalten können, (cf. *Fr.* 12, *pr. de injusto.* oben *pag.* 112.) wenn ihm das spätere Prätorische Testament nicht im Wege stände. Dem in Letzterem Eingesetzten steht nemlich ja auch die B. P. secundum tabulas zu, und in judicio interdicti ist Dieser der potior, weil er secundum novissimas tabulas die B. P. empfangen hat, obwohl diese inperfectae, und die Aelteren jure factae waren. Hier obtinirt also der filius emancipatus praeteritus, der die contra tabulas posteriores B. P. agnoscirt hat, auch gegen den scriptus heres ex primo testamento, gegen welchen er, wenn nicht das zweite Testament vorhanden wäre, trotz der agnatione posthumi bewirkten Ruptur, zurückstehen müßte, da auch er nur vom Prätor und nicht vom Civil-Recht zur Erbschaft berufen ist, der Prätor aber auf die civilrechtliche Ruptur eines Testaments keine Rücksicht nimmt. Daß ich den filius praeteritus hier als Emancipirten hingestellt habe, geschah absichtlich; denn ein filius Suus würde in dem angenommenen Falle, — ohne daß es des zweiten Testaments und der darin sich findenden Präterition bedarf, — schon aus eigenem Rechte gegen den scriptus heres ex primo testamento obtiniren. (cf. *Fr.* 13. *de doli mali except.*, oben *pag.* 112, f.) Außer diesem und den im Texte exemplificirten Fällen vermag ich Keine aufzufinden, in welchen die von Gajus aufgestellte Regel zur Anwendung kommen könnte. Förster, *de B. P. contra tab.*, *pag.* 395. stellt zwar noch mehrere Andere auf; aber Alle, mit Ausnahme des: „veluti si priore testamento scrip-„tus — per exceptionem exclusus fuerit;" (unter diese Rubrik gehören grade die von mir aufgestellten Beispiele;) sind von der Art, daß gar kein heres oder bonorum possessor ex primo testamento vorhanden ist. Dann aber kann auch kein Streit zwischen den in beiden Testamenten Instituirten obwalten, auf welchen Streit Gajus doch ausdrücklich hindeutet.

[179]) An mehrere Kinder muß hier deshalb nothwendig gedacht werden; weil, wenn der präterirte Sohn einziges Kind war, Niemand außer ihm vorhanden ist, qui ab intestato venire posset.

[180]) Vgl. Gaji, *Inst.* 2, § 148 und 149. oben *pag.* 118, f. Ueberdies ist das zweite Testament, falls der Präterirte ein filius suus war, ein injustum.

sie alsdann die potiores seyn; d. h. sie werden gegen jene heredes ex superiore testamento durch die doli exceptio geschützt. Hier ist also auch der in dem zweiten Testamente Präterirte, (gleichviel ob ein Suus oder ein Emancipatus,) zur contra tabulas B. P. auf eine virilis portio berechtigt, und kann seine desfalsige Befugniß nicht nur gegen seine instituirten Geschwister, sondern auch gegen die heredes ex primo testamento geltend machen, indem er auf das Recht der Ersteren zur B. P. secundum tabulas cum re seine Intention selbst dann gründen darf, wenn Diese auch zufällig jene B. P. repudirt haben sollten. [181])

Nehmen wir dagegen an, daß schon die Einsetzung des legitimus, wenn dieser auch vom Edicte nicht zunächst ab intestato berufen ist, dennoch genüge, um die heredes ex primo testamento zu entfernen, so gewinnen wir einen etwas weiteren Kreis der Anwendung für unseren Rechtssatz.

Der Testator z. B. stirbt mit Hinterlassung eines emancipirten Sohnes und eines Agnaten. Im ersten Testamente hat er unter Exheredation des Sohnes nur Fremde instituirt, im Zweiten dagegen den Agnaten, mit Uebergehung des Sohnes. Auch hier würde der Agnat, da er nach Civilrecht ganz allein zur hereditas intestati berechtigt ist, potior seyn, als die in dem älteren Mancipations-Testamente eingesetzten extranei. Er selbst wird aber wieder von dem zur contra tabulas B. P. berufenen Emancipatus verdrängt, und so kann Letzterer, — auch wenn der Agnat sich gar nicht um die

[181]) Eine solche Berufung auf das Recht dessen, den man verdrängt, gegen jeden Dritten, wird auch in *Fr.* 15, *pr.* und *Fr.* 16. *de legatis praest. contra tab.* angedeutet: — quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam; und: Emancipatus vero numquid ipse praestat, quia ei rem auferret, qui praestaturus non erat, si solus esset? — Der Verdrängte wird hier gewissermaßen als auctor seines Verdrängers angesehen, und darum läßt man den Einwand: Es sey dies eine disputatio de jure tertii, hier eben nicht zu.

Sache bekümmert, und, einsehend daß er doch nichts bekommen könne, freiwillig zurücktritt, — dennoch, mit Berufung auf das Recht desselben, selbständig gegen die heredes ex primo testamento auftreten.

So viel über die juristische Bedeutung des in *Fr.* 2, *cit.* enthaltenen Satzes, den ich also lediglich auch nur als eine partielle Beschränkung des älteren Rechts, „daß der „bonorum possessor secundum tabulas testamenti non „jure factas stets dem jure civili heres weichen müsse," betrachte, und ihn demgemäß auf ganz gleiche Stufe mit der früher erörterten Vorschrift des rescriptum D. Marci stelle. Durch Letztere wurden die legitimi heredes, durch die in *Fr.* 2, *cit.* enthaltene Regel dagegen die heredes ex priore testamento jure facto, — und zwar diese nicht allgemein, sondern nur in bestimmten Fällen, — gegen den bonorum possessor secundum tabulas zurückgesetzt.

Zu welcher Zeit diese neue Vorschrift eingeführt sey, wissen wir nicht genauer; wahrscheinlich ist es indessen noch bei Gajus Leben geschehen, eben weil dieser in *Fr.* 12, § 1. *cit.*, mir wenigstens, Bezug auf sie zu nehmen scheint; ja sie mag vielleicht bereits mit in dem obigen Rescripte Marc. Aurel's enthalten gewesen seyn. [182]) Jedenfalls war unser Rechtssatz zu Ulpian's Zeiten schon geltend, da das *Fr.* 2, *cit.* ja aus seinen Schriften excerpirt ist, mag er nun von einem Kaiser per rescriptum statuirt, oder vom Prätor unter Autorität des princeps in das Edict aufgenommen seyn.

Andere und mehrere als die bisher erörterten drei Neuerungen, in Folge deren der bonorum possessor secundum tabulas unter gewissen, bestimmten Verhältnissen

[182]) So ist denn auch möglich, daß Gajus eben diesen Satz in der fast unlesbaren Stelle, *Inst.* 2, § 149—151. selber noch nachträglich gelehrt habe.

dem nach der Rangordnung des Edictes erst hinter ihm stehenden heres vorgezogen und gegen dessen hereditatis petitio durch Ertheilung einer doli exceptio geschützt werden soll, so daß also seine B. P. cum re bleibt, sind nun, wenigstens im Zeitalter des classischen Rechts, überall nicht statuirt worden. Es bleiben also von den oben *(pag.* 111.*)* aufgestellten fünf Kategorien der Collisionsfälle, in welchen aus einem ungültigen Testamente zwar die B. P. secundum tabulas ertheilt ward, diese jedoch nur ein provisorisches Recht gewährte, und sobald der Civilerbe sein Recht aus der erworbenen hereditas geltend machte, jedesmal zur B. P. sine re werden mußte, Folgende völlig unverändert unter der Regel des alten Rechts stehen:

1. Das testamentum non jure factum, jedoch nur allein in dem Falle, wenn ein heres ex priore testamento jure facto dem bonorum possessor secundum tabulas gegenüber steht, und Letzterer nicht etwa selbst Derjenige ist, qui ab intestato venire posset. [183])

2. Das testamentum injustum s. propter filii sui praeteritionem nullum.

3. Das testamentum agnatione posthumi ruptum; jedoch nur in dem Falle, wenn der legitimus heres zu den liberi des Testators gehört.

4. Das testamentum alio testamento, ex quo heres exsistere potest, ruptum, in so weit nemlich ausnahmsweise die B. P. secundum tabulas überall aus demselben ertheilt werden kann.

5. Das testamentum irritum.

[183]) Dieser Fall verschwindet natürlich im Justinianischen Rechte, weil hier die B. P. secundum tabulas überhaupt nur noch aus einem testamentum jure (novo) factum gültig agnoscirt werden kann. Siehe oben *pag.* 126.

Jene Neuerungen berühren demnach allein nur die erste und die dritte Classe.

Die Richtigkeit dieser meiner Behauptung ergiebt sich nicht nur aus dem gänzlichen Schweigen unserer Quellen über weitere Bevorziehungen der B. P. secundum tabulas gegen die hereditas, sondern es fehlt auch nicht an positiven Beweisen.

Zuerst, was namentlich das testamentum non jure factum betrifft, so ergiebt sich aus *Fr.* 12, § 1. *de B. P. contra tabulas*, daß Fälle vorkommen können, in denen der heres ex superiore testamento jure facto gegen den bonorum possessor secundum tabulas testamenti posterioris non rite perfecti obtiniren muß. [184])

Sodann in Bezug auf das testamentum agnatione posthumi ruptum, lehrt Paulus in *Fr.* 13. *de doli mali except.* ganz ausdrücklich den von mir behaupteten Satz. [185])

Endlich im Allgemeinen das testamentum injustum, vel ruptum, vel irritum anlangend, zeugen für mich zwei schon in anderer Beziehung benutzte Stellen Ulpian's. Es sind diese:

Ulp. *tit.* 23, § 6. Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet jure civili ruptum, vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis Romanus, et suae potestatis, cum moreretur, fuit: quae bonorum possessio cum re, id est, cum effectu habetur, si nemo alius jure heres sit.

Der Verfasser trägt hier keine Antiquität, sondern das zu seiner Zeit geltende Recht vor, und lehrt ausdrücklich,

[184]) Dies ist schon vorhin erörtert. Siehe oben *pag.* 131, ff.

[185]) Auch hierüber siehe oben *pag.* 112.

daß der bonorum possessor secundum tabulas testamenti rupti vel irriti jedem jure civili heres weichen muß. [186]) — Ferner:

Fr. 12, *pr. de injusto etc.* (Ulp.) Postumus praeteritus vivo testatore [natus] decessit. Licet juris scrupulositate nimiaque suptilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest: remque optinebit, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt. Idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sunt, securi. Idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

Der Sinn der zweiten Hälfte dieser Stelle, — denn die erste Hälfte ist schon oben besprochen, [187]) — ist folgender. Eben so wie aus einem testamentum ruptum, wenn nemlich der instituirte Erbe in Gemäßheit des Hadrianischen Rescriptes die B. P. secundum tabulas cum re erhält, müssen auch aus einem testamentum injustum oder irritum die Legate und Fideicommisse in dem Falle geleistet werden, wenn der bonorum possessor secundum tabulas dieselbe Person ist, welche, weil zugleich zur Intestat-Succession berechtigt, als legitimus heres die Erbschaft vindiciren kann. [188])

[186]) Man könnte dem Ulpian allerdings vorwerfen, daß er die Regel zu weit gefaßt, oder doch wenigstens die durch das Hadrianische Rescript statuirte Ausnahme (siehe oben *pag.* 112.) anzuführen versäumt habe; indessen konnte es wohl nicht seine Absicht seyn, in dem kurz gefaßten Lehrbuche auch alle etwanigen Ausnahmen der aufgestellten Regulae zu detailliren.

[187]) Siehe oben, *pag.*112, f.

[188]) Ich beziehe das: *Idem erit dicendum*, bloß auf den Satz: *Idcirco legatarii etc.* Wollte man es aber auch auf das vorher Gesagte mitbeziehen, so würde dies doch im Sinne nichts ändern. Ulpian

Ist dagegen der bonorum possessor secundum tabulas nicht zugleich zur hereditas ab intestato berufen, so werden diesemnach die Legate und Fideicommisse **nicht** bezahlt. Der Grund hievon kann unmöglich ein Anderer seyn, als der: weil in solchem Falle die B. P. secundum tabulas immer sine re ist, und der legitimus heres mit der hereditatis petitio nothwendig obtinirt. Wäre es anders, und behielte der bonorum possessor secundum tabulas hier, auch ohne Intestaterbe zu seyn, dennoch die Verlassenschaft, so würde er ja um so viel mehr die Honorirten befriedigen müssen. Warum aber, wird man fragen, muß denn der institutus, wenn er zugleich Intestaterbe ist, die Vermächtnisse erfüllen? Ich könnte antworten: weil er eben die B. P. secundum tabulas erbeten hat, und diese also nicht wieder aufgeben darf, um nun ab intestato succediren zu wollen. Allein ich gehe noch weiter, und behaupte, daß er, auch wenn er nicht jene B. P. agnoscirt, dennoch die Legate und Fideicommisse leisten muß. Hiezu verpflichtet ihn nemlich das Edict des Prätors: Si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, (*D.* 29, 4. und *C.* 6, 39.) welches auf alle Fälle Anwendung leidet, wo dem Intestaterben die aditio hereditatis ex testamento, oder auch nur die Agnition der B. P. secundum tabulas irgend möglich gewesen seyn würde. [189])

hätte alsdann nur etwas sich von selbst Verstehendes gesagt, nemlich: „Auch aus einem testamentum injustum vel irritum kann der In„stituirte die B. P. secundum tabulas cum re erhalten, sobald ihm „zugleich die hereditas ab intestato deferirt ist.

[189]) *c.* 2. *C. tit. cit.* (Philippus.) Eum, qui, cum testamento posset obtinere hereditatem, ab intestato jus successionis voluit amplecti, libertatibus eodem testamento datis obesse non posse, jam pridem placuit. Quod si cum jam neque adiri ex testamento hereditas, neque bonorum possessio peti possit, judicium defuncti non usurpabitur, sed ad irritum juris ratione revocatum est, etc. Sogar der zur contra tabulas B. P. Berufene soll nach *Fr.* 6, § 9. *h. t.* die Vermächtnisse an die exceptae per-

Alle diese angeführten vier Stellen legen sonach nicht nur für die Zeit des classischen Rechts Zeugniß ab, an dessen äußerster Grenze ja eben Ulpian und Paulus stehen, sondern die Aufnahme derselben (mit alleiniger Ausnahme von Ulp. *tit.* 23, § 6.) in die Pandekten, beweiset daneben, daß auch bis auf Justinian hin nichts an den besprochenen Rechtsverhältnissen geändert sey. [190])

Der solchemnach von mir behaupteten Fortdauer des rein provisorischen Charakters der B. P. secundum tabulas in gar vielen Fällen widerspricht nun auch Papinian in *Fr.* 11, § 2. *de B. P. sec. tab.* keineswegs, wiewohl er auf den ersten Blick noch zwei neue Ausnahmsfälle außer den oben Erörterten zu statuiren scheinen könnte.

Fr. 11, § 2. *cit.* Testamento facto, Titius adrogandum se praebuit, ac postea sui juris effectus, vita decessit: scriptus heres, si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur: quia dando se in adrogandum testator, cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui juris effectus, codicillis, aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit: voluntas, quae defecerat, judicio recenti redisse intelligetur: non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret: nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamen-

sonae zahlen, wenn er mit Verschmähung dieser B. P. rein ab intestato succedirt. Ulpian hat hier indessen die Regel zu weit gefaßt, da, wie er selbst in *Fr.* 16. *de legatis praest. contra tab.* lehrt, der Suus praeteritus von dieser Verpflichtung ausgenommen ist.

Eine Parallelstelle zu unserm *Fr.* 12, § 1. *de injusto.* ist übrigens der Schluß von *Fr.* 17. *eodem,* von Papinian, dessen Ausspruch sich ebenfalls auf das Edictum: *Si quis omissa causa testamenti etc.* basiren dürfte.

[190]) Die Einwirkungen der Novellen 115 und 118 auf das Institut der B. P. zu untersuchen, liegt über das diesem Aufsatze vorgesteckte Ziel hinaus.

tum: non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed *de* [191]) viribus exceptionis, quae in hoc judicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur.

Wir fragen zuvörderst, was heißen die Worte: „scrip-„tus heres si possessionem petat"? — An eine hereditatis petitio kann überall nicht gedacht werden, weil aus einem testamentum irritum vel ruptum keine hereditas deferirt wird. Der Instituirte ist ja eben nur bonorum possessor secundum tabulas und nicht heres. [192]) Demnach bleibt nur die Wahl zwischen der agnitio bonorum possessionis und der Postulirung des interdictum Quorum bonorum. Allerdings ist nun: *petere bonorum possessionem*, der technische Ausdruck für Erstere, und die Auslassung des Wortes: *bonorum*, allein dürfte uns nicht berechtigen diese Bedeutung hier auszuschließen; wiewohl die Supplirung jenes Wortes sich denn doch auch keineswegs von selbst versteht. Aber die folgenden Worte: *exceptione doli mali*, und: *in hoc judicio*, verbieten uns durchaus anzunehmen, daß hier von der Bitte um Ertheilung der B. P. die Rede sey; denn diese Ertheilung der B. P. ist niemals ein judicium: selbst dann nicht, wenn sie causa cognita pro tribunali erfolgt; denn der Prätor entscheidet auch in diesem Falle selber extra ordinem und per decretum

[191]) Dies *de* findet sich nur in der Vulgata, nicht in der Florentina. Es scheint mir aber unentbehrlich.

[192]) Könnte aber nicht eine possessoria hereditatis petitio in Frage stehen? — Ich erlaube mir, dieserhalb im voraus auf das im folgenden Abschnitte über diese Klage Gesagte zu verweisen; woraus sich zugleich ergeben wird, daß der Kläger mit derselben, — wenn sie überall zur Zeit des classischen Rechts existirte, — doch kein besseres Recht erstreiten konnte, als welches in der ihm ertheilten B. P. selber lag, und welches er also auch in ganz gleicher Weise durch das Interdict geltend machen durfte. Jedenfalls bleibt es also für die folgende Deduction ganz gleichgültig, ob man annimmt, der Kläger habe die possessoria hereditatis petitio angestellt, oder er habe sich des Interdicts bedient.

unter den mehreren Bewerbern. Noch viel weniger also kann dabei die Gewährung einer doli exceptio in Frage kommen, als welche immer nothwendig ein nachfolgendes judicium voraussetzt. Folglich bleibt für das: *si possessionem petat*, keine andere Deutung übrig, als daß der scriptus heres, der die B. P. secundum tabulas bereits agnoscirt hat, jetzt das Interdict postulirt, um mit dessen Hülfe in den Besitz der Verlassenschaft zu gelangen. [193])

Steht dieses nun fest, so ergiebt sich auch sogleich, daß Papinian in unserer Stelle von einer wirklichen Collision zwischen der B. P. secundum tabulas und der hereditas überall nicht handelt, und viel weniger noch in den Fällen, in welchen die exceptio doli mali für unwirksam erklärt wird, dem bonorum possessor ein besseres Recht als dem heres zuschreibt, was man nach dem ersten Anschein allerdings zu glauben geneigt seyn möchte.

Der beklagte Besitzer kann nemlich entweder der Civilerbe, oder ein zur B. P. ab intestato Berufener seyn. [194]) Papinian bezeichnet ihn nicht genauer, und folglich muß sich seine Deduction im Allgemeinen auf beide Classen beziehen. Dieser Beklagte soll nun die doli exceptio postuliren dürfen, und sie soll ihn unbedingt schützen, sobald Kläger nicht beweiset, daß es ausdrücklicher Wille des Testators gewesen sey, aus dem testamentum irritum, vel

[193]) Möglicher Weise könnte auch eine Bitte um die missio in possessionem ex testamento, und das hierauf folgende judicium interdicti: *Ne vis fiat ei, etc.* gemeint seyn; was indessen in meiner Interpretation nichts ändern würde. Ich halte jedoch diese Deutung für weniger annehmbar, weil nach *c. 2, C. de edicto D. Hadriani tollendo,* schwerlich irgend einige Exceptionen gegen diese missio und das Interdict zugelassen werden durften.

[194]) An den pro possessore possessor brauchen wir überall nicht zu denken, da Dieser natürlich eine exceptio doli mali gar nicht postuliren, noch weniger aber erhalten konnte.

ruptum beerbt zu werden.[195]) Wie nun, wenn Kläger diesen Beweis führt? — Ist der Beklagte nur bonorum possessor ab intestato, so muß er dem Kläger weichen, und der Nachlaß ist für ihn verloren. Ist er aber heres, so bleibt ihm, selbst wenn er hier im judicium interdicti unterliegt, ja noch immer seine hereditatis petitio, mit welcher er in einem neuen Processe obsiegen muß. Papinian hat indessen um so weniger Veranlassung diesen künftig möglichen Ausgang der Sache hier genauer zu entwickeln,[196]) als er selber gar nicht einmal der Meinung ist, daß der Civilerbe im Interdictsprocesse condemnirt werden dürfe. Hierauf scheinen nemlich die Worte: quae exceptio in hoc judicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur, entschieden hinzuweisen. Je nach dem verschiedenen Rechte des Beklagten soll die ihm verliehene Einrede auch verschiedene Wirkung haben; und dies kann wohl kaum etwas Anderes heißen, als: „Wenn der Beklagte heres ist, so hilft dem Kläger „seine ganze Beweisführung nichts; er muß doch abgewiesen „werden, und nur gegen einen bloß zur B. P. ab intestato „Berufenen kann er obtiniren, wenn er den ausdrücklichen

[195]) Der dolus des Klägers wird eben als darin liegend betrachtet, daß er Ansprüche aus einem offenbar ungültigen Testamente erhebt, ohne durch beweisende Thatsachen überzeugt zu seyn, daß der Testator, der jenes Testament ja durch seine eignen Handlungen, — vel se adrogandum dando, vel posterius testamentum faciendo, — cassirt hat, dennoch zuletzt wieder die Absicht gehabt habe, aus Selbigem beerbt zu werden.

[196]) Indessen deutet er denselben doch an, in den Worten: *non enim de jure testamenti maxime quaeritur .... in hoc judicio,* welche also voraussetzen lassen, daß unter gewissen Verhältnissen, — nemlich wenn der Beklagte wirklicher heres ist, — noch ein anderes Judicium folgen könne, ubi de jure testamenti quaeritur. Eben dahin zielen auch die Worte: *nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum.* Dies heißt grade: In diesem Judicium, (nemlich dem Interdicts-Processe,) kommt es gar nicht darauf an, ob das Testament civilrechtliche Gültigkeit habe, oder nicht; sondern nur darauf, ob es so qualificirt sey, daß eine B. P. secundum tabulas gültig daraus agnoscirt werden könne.

„Willen des Testators, ihn zum Erben zu haben, genügend „darthut." Eben auf dies Resultat verweisen denn auch die übrigen in der Note 196 besprochenen Ausdrücke.

Solchemnach entscheidet denn unsere Stelle durchaus nicht über die Frage, wann und unter welchen Bedingungen die B. P. secundum tabulas testamenti rupti vel irriti cum re oder sine re seyn werde, sondern nur darüber, ob überhaupt aus einem solchen Testamente die B. P. gültig erworben werden möge; ja wir sehen daraus zugleich, daß die classischen Juristen gar nicht geneigt waren, so nude, crude, aus jedwedem ungültigen Testamente die B. P. secundum tabulas mit rechtlicher Wirkung zuzulassen, indem sogar dem nur ab intestato zur B. P. Eingeladenen die gedachte Exception gegen das Interdict des bonorum possessor secundum tabulas gegeben wird.

Am Schlusse dieses ganzen Abschnittes erlaube ich mir noch folgende Bemerkung. Durch die klarsten Zeugnisse unserer Rechtsquellen sind wir belehrt, daß die eben entwickelten, dem Civilrechte derogirenden Neuerungen, wodurch die B. P. secundum tabulas in einigen der wichtigsten Collisionsfälle gegen die hereditas in Schutz genommen und bevorzugt wird, nicht vom Prätor nach seinem Gutdünken, sondern vom Kaiser durch Rescripte bewirkt sind, und daß die Prätoren nur ausführten, was ihnen von oben herab vorgeschrieben war. Sollte wohl nicht dieser Umstand eben meiner obigen Annahme, daß auch die beiden ganzen, das jus civile impugnirenden ordines bonorum possessionis, nemlich: c o n t r a t a b u l a s, und u n d e l i b e r i, gleichfalls nur unter kaiserlicher Autorität eingeführt seyen, noch ein neues und starkes Gewicht verleihen?

V. Aeußere Erscheinung der bonorum possessio zur Zeit ihrer völligen Reife.

Formen der Rechtsverfolgung und End=Resultate.

Bisher ist nachgewiesen, wie die B. P. in Bezug auf das materielle Recht allmälig ein immer größeres Gebiet der Anwendung und mehr und mehr selbständigen Gehalt gewonnen hat, so daß sie ein wirkliches Analogon der hereditas geworden ist, gegen welche sie in Collisionsfällen freilich oft zurückstehen muß, aber auch eben so oft den Vorrang behauptet; weshalb man denn beide Institute als zwei neben einander stehende und sich gegenseitig vielfach bedingende Arten der Successio per universitatem mit Recht bezeichnen darf. Jetzt wird zum Schlusse noch zu erörtern seyn, in wie fern die entwickelten, das materielle Recht betreffenden Aenderungen auch auf die Formen der Rechtsverfolgung Einfluß äußern mußten, also überhaupt, wie die B. P. zur Zeit ihrer völligen Reife als äußere Erscheinung in der Praxis des Rechts auftritt, und sich geltend macht.

In ihrer ursprünglichen Form, als Einleitung des judicium de hereditate, kommt die Ertheilung der B. P. sicherlich noch immer dann vor, wenn das Centumviral-Gericht über die hereditatis petitio zu erkennen hat, was gerade im Zeitalter der classischen Jurisprudenz etwas sehr Gewöhnliches war. [197]) Gajus nemlich lehrt uns, daß dem Verfahren vor den Centumvirn noch zu seiner Zeit die legis actio Sacramento, und also, so oft Vindicationen in Frage stehen, auch die mit Jener engverbundenen manus in jure consertae voraufgehen mußten.

[197]) Bethmann=Hollweg. „Ueber die Competenz des Centumviralgerichts," in: Ztschr. f. geschichtl. Rechtswiss., Bd. 5, *pag.* 367 ff.

Gaji *Inst.* 4, § 31. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti, et si centumuirale iudicium fit .... cum ad centumuiros itur, ante lege agitur sacramento aput Praetorem urbanum uel peregrinum.

§. 95. Ceterum si aput centumuiros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum prouocamus.

Dasselbe lesen wir auch im Gellius.

A. Gellii *noct. attic.* 16, *cap.* 10. Sed enim cum ...... illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum .... consopita sit: etc.

ibidem. 20, *cap.* 10. Ex jure manum consertum: verba sunt ex antiquis actionibus, quae, cum lege agitur et vindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud Praetorem solent.

Wenn nun die inofficiosi querela bekanntlich ganz eigens an die Centumvirn gewiesen war, und daneben, speciell in Bezug auf dieselbe, die litis ordinandae gratia agnita B. P. erwähnt wird, [198]) — eine Benennung, die sich überall nur einmal in den Pandekten findet, — so könnten wir uns berechtigt glauben, diesen Umstand als eine willkommene Bestätigung alles dessen, was oben über den Ursprung der B. P. gesagt ist, zu betrachten; indessen walten hiegegen doch starke Bedenken ob; und um diese gehörig in's Licht zu stellen, muß ich das processualische Verhältniß der inofficiosi querela genauer untersuchen.

Die meisten Rechtslehrer behaupten, diese Klage sey nichts Anderes, als eine besonders modificirte hereditatis

[198]) *Fr.* 8, *pr. de inofficioso.*

petitio gewesen; ich kann mich jedoch ihrer Ansicht nicht unbedingt anschließen. Hinsichtlich der bisher für und wider aufgestellten Gründe erlaube ich mir auf Bethmann-Hollweg, Bluntschli und Francke zu verweisen, [199]) und führe deshalb nur folgende, wohl noch nicht erwogene Momente an.

Erstlich, was die Person des Beklagten betrifft, so kann man mit der hereditatis petitio jeden pro herede vel pro possessore possessor belangen, jedoch eben nur, weil er den Nachlaß besitzt; die Querel dagegen darf nur gegen den scriptus heres, der die Erbschaft bereits wirklich erworben hat, angestellt werden, [200]) gegen diesen aber auch dann, wenn er nicht Besitzer ist, und der Enterbte sich selber im Besitze befindet; [201]) und so ist es eigentlich etwas

[199]) Bethmann-Hollweg. *l. c. pag.* 368 f. — Bluntschli. Erbfolge gegen den letzten Willen. *pag.* 172 ff. — Francke. Das Recht der Notherben. *pag.* 253 ff.

[200]) *Fr.* 8, § 10. *de inofficioso.* (Ulp.) — quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querella.

[201]) *Fr.* 8. § 13. *eod.* (Ulp.) Die Worte: *filius vero in modum contradictionis querellam inducat,* werden gewöhnlich so verstanden: der Sohn dürfe seinen Anspruch auf Rescission des Testaments per modum exceptionis geltend machen. Allein theils ist contradictio und exceptio doch nicht gleichbedeutend, theils widerspricht der Ausdruck: querellam inducere. Ich meine, der Sinn ist dieser: der Beklagte macht seinen Anspruch vor dem Prätor contradicendo geltend; aber nicht um etwa eine exceptio inofficiosi testamenti zu erhalten, über welche dann der für den Hauptproceß zu ernennende Judex erkennen dürfte, sondern eben um Aufschub des ganzen Judicium bis dahin zu erlangen, daß erst über die anzustellende Querel von den Centumvirn entschieden sey; mit andern Worten, er postulirt eine dilatorische Einrede: ne praejudicium inofficiosi querelae fiat. (cf. Gaji *Inst.* 4, § 123.) Letztere muß er dann eben so anstellen, als wenn er die hereditas zu vindiciren hätte, und sich nicht im Besitze befände, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret. Wäre die gewöhnliche Interpretation richtig, so hätte ja der scriptus heres die Entscheidung über die Inofficiosität den Centumvirn entziehen können, sobald er nemlich seine H. P. entweder per sponsionem oder per formulam petitoriam erhob. Für das neueste Recht, nach dem Aufhören des ordo judiciorum privatorum, hat diese ganze Frage allerdings keine Bedeutung mehr. Uebri-

Zufälliges, wenn eine und dieselbe Person zugleich für die hereditatis petitio und für die Querel der rechte Beklagte ist, wiewohl dieser Fall in der Wirklichkeit sehr häufig vorkommen wird.

Sodann, den Kläger anlangend, steht die hereditatis petitio nur dem wirklichen heres zu; wogegen die Querel schon seit ihrer ersten Einführung auch solchen Personen bewilligt ward, welche nicht zur legitima hereditas, sondern nur zu der B. P. ab intestato berufen waren, und also auch gar keine hereditatis petitio haben konnten; ja in den ältesten uns bekannten Fällen von Querel-Processen finden wir fast immer Kläger der letzteren Art genannt. Selbst wenn man dem classischen Rechte eine possessoria hereditatis petitio zuschreiben will, so darf man dieser Klage doch auf keinen Fall ein gleiches Alter wie der Querel einräumen, und noch weniger kann dieselbe jemals per legis actionem angebracht worden seyn. Im Augustischen Zeitalter konnte ein enterbter emancipirter Sohn unbedenklich mit der Querel vor den Centumvirn auftreten; aber ohne allen Zweifel war er zur Anstellung einer hereditatis petitio, — und zwar namentlich vor diesem Gerichte, wo nur mit der legis actio procedirt werden durfte, — überall nicht befähigt.

Aus diesen Gründen, und weil unsere Klage immer nur mit den Namen: querella und accusatio, bezeichnet wird, bin ich überzeugt, daß sie an sich keine Vindication

Uebrigens kann der Fall, daß der Enterbte bei Anstellung der Querel im Besitze ist und bleibt, nur dann eintreten, wenn der scriptus heres außer Stande war die gehörige Sicherheit zu bestellen; denn sonst durfte ihm der Besitz des Nachlasses während der Dauer des Querel-Processes in keiner Weise vorenthalten werden. Zur Erlangung desselben hatte er sogar drei verschiedene Wege, indem er entweder die hereditatis petitio mittelst der legis actio anbrachte, wo ihm denn die Vindicien vom Prätor ertheilt werden mußten, oder indem er die B. P. secundum tabulas agnoscirte, und dem zu Folge mit dem Interdicte auftrat, oder endlich, indem er die Immission ex Edicto D. Hadriani verlangte.

war, sondern lediglich einen präjudiciellen Character hatte; d. h. bei der dem centumvirale judicium voraufgehenden legis actio brauchte der Kläger nicht zu sagen: hanc ego hereditatem ex jure Quiritium meam esse ajo. etc.; [202]) sondern nur: hoc testamentum inofficiosum et a furioso factum ajo; quando negas, D aeris sacramento te provoco [203]) Ist diese Ansicht richtig, [204]) so folgt, daß die das judicium querelae einleitende legis actio nicht die für in rem actiones vorgeschriebene Form haben konnte, und daß also eine Vindicienertheilung hiebei nicht vorkam. Nur das darf ich zugeben, daß dem legitimus heres, der die Querel erheben wollte, eine Cumulation derselben mit der hereditatis petitio gestattet seyn mochte; und auf eine solche Verbindung beider Klagen bezieht sich denn wohl der Ausdruck des Tryphoninus: hereditatis petitio ex causa inofficiosi querellae, in *Fr.* 20, *pr. de B. P. contra tabulas.* [205])

[202]) Gaji *Inst.* 4, § 16.

[203]) Vgl. Bethmann - Hollweg, *l. c. pag.* 374. Note 32.

[204]) Für dieselbe spricht auch noch *Fr.* 8, § 12 *de inofficioso.* (Ulp.) Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum, et inofficiosum, condicio ei deferri debet, utrum prius movere volet. Die Klage, mit welcher der Intestaterbe den scriptus heres ex testamento rupto vel irrito belangt, ist die hereditatis petitio. Wäre nun die Querel an sich auch nichts Anderes gewesen, so würde, nachdem der Kläger mit Einer von beiden Klagen abgewiesen worden, der Anstellung der Anderen die Rechtskraft des abweisenden Erkenntnisses entgegen gestanden haben.

[205]) Auf Gestattung einer solchen Cumulation deutet wohl auch: Paulus, *sent. recept.* 4, *tit.* 5, § 4. Qui inofficiosum dicere potest, hereditatem petere non prohibetur. Schneider, (die allgemein subsidiären Klagen des R. R. *pag.* 453—465.) giebt eine andere sehr weitläuftige Interpretation, nach welcher Paulus hier lehren soll: man dürfe die Querel auch per formulam petitoriam anstellen, und sie so, mit Ausschließung der Centumvirn, an Einen Judex überweisen lassen. Ich begreife nur nicht, weshalb der Ausdruck: *hereditatem petere,* ausschließlich auf die petitoria formula beschränkt werden dürfe.

Auch

Also lediglich bei einer solchen Verbindung beider Klagen konnten die manus in jure consertae Anwendung finden; und dem Edicte gemäß mußte dann dem scriptus heres die hereditatis seu bonorum possessio gegeben, dem Intestaterben aber Sicherheit von dem Beklagten bestellt werden.

Hinsichtlich derjenigen Querulanten, welche nicht zur legitima hereditas, sondern nur zu einer B. P. ab intestato berufen sind, ergiebt sich indessen noch eine andere Bedenklichkeit. Vorhin zeigte ich, daß dieselben nicht zugleich mit der Querel die hereditatis petitio anstellen konnten, weil dem bonorum possessor Solche überall nicht zustand. Allein es fragt sich weiter, ob sie in dem Augenblicke, wo sie die Querel erheben, schon irgend als bonorum possessores aufzutreten befähigt waren?

Jede agnitio bonorum possessionis intra alienas vices ist bekanntlich wirkungslos, und sobald der zunächst Berufene die B. B. agnoscirt hat, hört jede weitere Delation auf. [206]) In unserm Falle ist der scriptus heres zunächst berufen; also wenn Dieser die B. P. secundum tabulas

Auch Folgendes stelle ich zur Erwägung.

Bekanntlich herrscht Streit darüber, ob der Spruch der Centumvirn, welcher das Testament rescindirt, nur für die Parteien, oder, wie ein praejudicium de statu hominis, ganz allgemeine Geltung gehabt habe. Das Letztere scheint Ulpian in *Fr.* 6, § 1. u. *Fr.* 8, § 16. *de inofficioso.* deutlich zu lehren, während andere und mehrere Stellen entschieden für Ersteres sprechen. Es ist kaum glaublich, daß die Römischen Juristen über eine praktisch so wichtige Frage verschiedener Ansicht gewesen seyn sollten. Ich möchte vermuthen, daß eben, je nachdem die Querel allein angestellt ward, oder nur als modificirte hereditatis petitio auftrat, auch die Sentenz verschieden gewirkt habe, nemlich im ersten Fall als praejudicium de statu testatoris, (res judicata pro veritate accipitur; — judex jus facit. *Fr.* 25. *de statu hominum. Fr.* 3, *pr. de agnosc. liberis.*) im Zweiten aber wie jede andere sententia de hereditate. Daß übrigens in den Pandekten die Spuren dieser Verschiedenheiten fast ganz verwischt sind, beweiset nichts gegen diese Annahme.

206) *Fr.* 9. *de B. P.* und *Fr.* 2. *de success. edicto.*

erbittet, was er wohl schwerlich unterlassen dürfte, so scheint der Erwerb einer B. P. ab intestato rein unmöglich. [207]) Nur dann z. B. kann der exheredirte Sohn auf die B. P. unde liberi Anspruch machen, wenn er zu behaupten vermag, das Testament, aus welchem die B. P. secundum tabulas agnoscirt worden, sey überall nicht so beschaffen, daß Letztere gültig habe ertheilt werden dürfen. [208]) Nach der Vorschrift der successorium edictum konnte folglich der enterbte non-heres in dem Zeitpunkte, wo er die Querel postulirt, noch gar nicht bonorum possessor seyn. [209])

Auf der andern Seite ist aber schwer zu begreifen, wie Jemand, der weder legitimus heres noch bonorum possessor wäre, also gar kein gegenwärtiges Successionsrecht hätte, dennoch zur Anstellung der Querel habe zugelassen werden können. [210])

Nothwendig muß ein vermittelnder Ausweg getroffen worden seyn, und wenn wir nun trotz der obigen Consequenzen, deren Richtigkeit an sich wohl nicht zu bestreiten ist, doch in mehreren Stellen unserer Rechtsbücher lesen, theils daß die agnitio bonorum possessionis für jeden mit der Querel klagenden non-heres nothwendig sey, theils

[207]) Anders verhält es sich mit der hereditatis aditio des legitimus heres. Ist dieser von der Ungültigkeit des inofficiösen Testaments überzeugt, und weiset sich seine Ueberzeugung nachher durch den Spruch der Centumvirn als richtig aus, so folgt auch, daß seine Erbschaftsantretung durchaus rechtsgültig geschehen sey.

[208]) *Fr.* 7, § 6. *de Carbon. edicto.* — Siehe oben *pag.* 78. Note 99.

[209]) Vielleicht Erwägungen dieser Art haben A. Faber (Rationalia ad Pand. ad Fr. 1. de inofficioso.) zu der Meinung veranlaßt, die querela inofficiosi sey eine actio popularis.

[210]) Bei der accusatio falsi testamenti, die sonst häufig mit der inofficiosi querela zusammengestellt wird, findet eine solche Zulassung wirklich statt. (*Fr.* 14. *de B. P.*) Allein diese Klage führte nicht ein privatum, sondern ein publicum judicium herbei, auf welches Jedermann antragen konnte, ohne daß sein eignes etwaniges Erbrecht dabei irgend in Frage kam. cf. *Fr.* 3. *de lege Cornelia de falsis.*

daß ihm die B. P. wirklich ertheilt werde, [211]) so führt uns dieser Umstand unabweislich auf die Annahme, daß der Gewährung der Querel an Jeden, der nicht legitimus heres war, eine causae cognitio vorangegangen sey, bei welcher dann der Prätor dem Querulanten eine provisionelle B. P. für den Fall, daß die Centumvirn das Testament rescindiren würden, per decretum ertheilt habe. [212]) Von selbst versteht sich, daß der beklagte scriptus heres zugleich zur Cautionsleistung wegen der eventuellen Restitution des Nachlasses an den Kläger genöthiget wurde.

Betrachten wir nach dieser Vorbereitung unsre Stelle genauer:

Fr. 8, *pr. de inofficioso.* (Ulp.) Papinianus libro quinto Quaestionum recte scribit, inofficiosi querellam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo: ipsius enim injuria est. Sequenti loco scribit, si filius

[211]) *Fr.* 6, § 2. *Fr.* 7. *de inofficioso.* — et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria, et aditio hereditatis supervacua sit. (Paulus.) *c.* 2. *C. eod.* (Severus.) Quamvis de inofficioso testamento acturum te, bonorum possessionem accepisse proponas, tamen scriptis heredibus auferri possessionem, incivile est.

[212]) v. Löhr, in seinem trefflichen Aufsatze über die B. P. decretalis, (Magazin f. Philos. und Geschichte des Rechts. Bd. 2, *pag.* 437 ff.) sagt richtig: „das Decret ist nothwendig, 2) wenn derjenige, der „noch keine B. P. agnosciren kann, dieselbe zum Schutze seines Erb„rechts schon im Voraus erhält.“ Allein wenn er fortfährt: (*pag.* 443. *l. c.*) „Agnition der B. P. kann auf dreifache Art unmöglich „seyn: einmal, weil es noch ungewiß ist, ob würklich eine Erbschaft „vorhanden sey; dann, weil man noch nicht weis, welche Art der „B. P. agnoscirt werden muß; und endlich, weil schon ein Anderer „eine frühere B. P. agnoscirt hat. In dem letzten Falle kann der „Prätor durch kein Dekret B. P. geben, weil zwei verschiedene bonorum „possessiones nicht neben einander bestehen können: ꝛc.“ so möchte er sich wohl geirrt haben; denn in unserm Falle muß der Prätor dem Querulanten eine provisionelle B. P. ab intestato geben, obgleich der scriptus heres die frühere B. P. secundum tabulas gültig agnoscirt hat. Der Prätor decretirte hier etwa: Querelam exercenti salvum fore commodum bonorum possessionis ab intestato; wie denn ein solches Decret für einen ähnlichen Fall von Julian in *Fr.* 5. *de B. P. contra tab.* mitgetheilt wird.

post adgnitam litis ordinandae gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam, quae non patri, sed nomine dabatur filii.

Unter dem Ausdrucke: *adgnita litis ordinandae gratia B. P.* würden wir nun möglicher Weise Zweierlei verstehen können, entweder die Vindicien-Ertheilung, wenn nemlich der Kläger jure civili heres war, und die hereditatis petitio mit der Querel cumulirt hatte, oder aber die von dem Kläger etwa nachgesuchte und causa cognita ertheilte provisionelle B. P., die eben dazu diente, für den Fall, daß die Querel den gewünschten Ausgang haben würde, die künftige Anstellung des interdictum Quorum bonorum zu begründen.[213]) Indessen wird die letztere Bedeutung durchaus vorzuziehen seyn, und zwar:

1) weil das Wort *adgnitam* doch auf eine irgendwie bewilligte B. P. hinzuweisen scheint, wogegen bei den manus in jure consertae dem Querulanten die Vindicien verweigert werden mußten; sodann aber auch:

2) wegen des Inhalts der Stelle selbst. Ein filiusfamilias ist in dem Testamente seiner Mutter, oder eines mütterlichen Ascendenten, oder eines frater uterinus, von der Succession ausgeschlossen.[214]) Er selbst kann natürlich die Querel nicht anstellen, weil er überhaupt unfähig ist, für sich selber zu erwerben;[215]) der Vater aber darf in seinem Namen klagen, jedoch nur mit seiner ausdrücklichen

[213]) Der legitimus heres bedurfte dieser provisionellen B. P. nicht, da er ja die civilis hereditatis petitio hatte, indessen durfte sie ihm, wenn er sie nachsuchte, gewiß nicht verweigert werden. Ein nonheres aber konnte nach Durchführung der Querel eben nur vermittelst der B. P. und des Interdictes zum Besitze des Nachlasses gelangen.

[214]) An einen agnatischen Erblasser (Verwandten von väterlicher Seite) darf deshalb nicht gedacht werden, weil in Bezug auf den Nachlaß eines Solchen der Vater selbst immer nothwendig dem Sohne vorging.

[215]) Ich bemerke, daß hier von Papinian's Zeitalter die Rede ist.

Einwilligung. Nun sagt Papinian, die Querel erlösche, sobald der Sohn sterbe, selbst wenn der Todesfall erst nach geschehener Agnition der B. P. sich ereigne. Die Vindicien-Ertheilung stand bekanntlich in unmittelbarer Verbindung mit der Litis-Contestation, und bildete grade den Schluß des ganzen Verfahrens in jure. Folglich dürfen wir behaupten, daß der nach diesem Acte erfolgte Tod des Sohnes ein ganz gleichgültiger Umstand gewesen seyn müsse. Höchstens mochte ein solches Ereigniß einigen Einfluß auf die Ansichten der Richter ausüben; aber zuverläßig konnte es nicht die schon in judicium deducirte Querel ipso jure erlöschen machen; und eine solche Wirkung bezeichnen doch die Worte: *finitam esse querellam.* Ganz anders stellt sich die Sache, wenn nur von einer die Querel vorbereitenden causae cognitio und der hiebei eventuell und provisionell ertheilten B. P. die Rede ist. [216]) Zwar würde selbst dieser Act nach *Fr.* 6, § 2. und *Fr.* 7. *eod.* schon genügen, um die Querel auf die Erben des ursprünglich Berechtigten zu transmittiren; allein in unserm Falle wird der Vater gar nicht Erbe des Sohnes, — denn ein filius in potestate kann überhaupt nicht beerbt werden, — sondern ihm selber war gleich anfänglich die Querel deferirt, aber freilich nur im Namen und unter Zustimmung seines Sohnes. [217]) Stirbt Letzterer nun ante litem contestatam, so kann er natürlich, bei Postulirung der Querel von Seiten des Vaters,

[216]) Daß diese Procedur nicht mit der Litis-Contestation unmittelbar in Einen Act zusammen gezogen zu werden brauchte, sondern ihr voraufgehen konnte, erhellt eben aus *Fr.* 6, § 2. *Fr.* 7. *cit.*, so wie aus dem Worte: *acturum*, in c. 2. *C. cit.*, (Siehe oben Note 211.) für welches, wenn bereits Lis contestirt gewesen wäre, das Präsens: *agentem*, hätte gesetzt werden müßen.

[217]) Etwas Aehnliches fand bei der dos statt, wenn die Frau die Ehe überlebte und noch in väterlicher Gewalt stand. Auch hier konnte der Vater nur mit Zustimmung seiner Tochter die dos vom Manne oder dessen Erben einfordern. cf. Ulp. *tit.* 6, § 6 und 7.

seine zustimmige Erklärung nicht mehr abgeben, und folglich erlischt auch die Klage selber nothwendig. Endlich:

3) würden die manus in jure consertae allein nur in dem Falle als möglich gedacht werden dürfen, wenn speciell das Testament der Mutter in Frage stände; denn nur der Mutter, nicht auch den mütterlichen Ascendenten, [218]) oder gar dem frater uterinus, konnte zu Papinian's Zeit der ausgeschlossene Sohn als legitimus heres succediren, und als solcher dann die hereditatis petitio mit der Querel cumuliren. Eine provisionelle B. P. konnte aber in Bezug auf den Nachlaß aller vorhin bezeichneten Personen erbeten werden. Da nun Papinian sich ganz allgemein ausdrückt, so dürfen wir die litis ordinandae gratia agnita B. P. hier auch nur als einen solchen Act interpretiren, welcher in allen verschiedenen Fällen gleichmäßig anwendbar war.

Solchemnach wird denn die Vermuthung, als sey in unserer Stelle die Vindicien-Ertheilung bei Gelegenheit der legis actio Sacramento angedeutet, ganz und gar zurückgewiesen werden müssen.

Kehren wir nach dieser die inofficiosi querela betreffenden Abschweifung wieder zu unserm Hauptthema zurück, so fragt sich ferner, ob zur Zeit der Pandekten-Juristen auch bei der hereditatis petitio per sponsionem noch ein vindicias dare mit dem Verfahren in jure verbunden gewesen sey. Daß dieses zu Cicero's Zeit allerdings der Fall war, sehe ich als ausgemacht an; denn theils heißt es in der oben (pag. 27.) angeführten Stelle: Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data. Si quis testamento

[218]) Erst Theodosius (*c.* 4. *Cod. Theod. de legitimis hereditatibus.* — *c.* 9. *C. de suis et legitimis.*) räumte im Jahr 389 n. Chr. den Enkeln ein Civil-Erbrecht in den Nachlaß der Ascendenten ihrer Mutter ein.

se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem: aut pro praede litis et vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, et ita de hereditate certaret. — theils weiset auch das getadelte Interdict des Verres: Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet, etc. [219]) auf einen solchen Gebrauch hin. Allein für unsern Zeitraum muß jene Frage gewiß verneint werden, und zwar nicht nur wegen des gänzlichen Mangels einer hierauf bezüglichen Andeutung bei Gajus, sondern auch weil Gellius in den vorhin mitgetheilten Stellen für seine Zeit die Anwendung der manus consertae ausdrücklich auf die Vindicationen per legis actionem beschränkt. [220]) Vermuthlich wird also durch Eine der beiden Leges Juliae judiciariae in diesem Punkte eine Rechtsänderung bewirkt seyn.

Da nun auch die dritte Form der Vindication und hereditatis petitio, — die per formulam petitoriam, — schon anfänglich ohne ein einleitendes vindicias dare in's Leben getreten war, so findet die Ertheilung der B. P. in der ursprünglichen Weise nur noch eine im ganzen beschränkte Anwendung. Selbständiger Erwerb der B. P., ohne nothwendige Beziehung auf ein nachfolgendes judicium de hereditate, ist als bei weitem vorherrschend zu betrachten; und dieser Erwerb geschieht entweder durch simple Agnition, (B. P. de plano data, s. mere edictalis,) oder durch ein Decret des Prätors. (B. P. causa cognita pro tribunali data, s. decretalis.)

[219]) Siehe oben, *pag.* 28. und das auf *pag.* 31. über diese Stelle Gesagte.

[220]) Siehe oben, *pag.* 146. — cum lege agitur, et vindiciae contenduntur; und: nisi in legis actionibus centumviralium causarum etc.

Die erste Art der Erwerbung bildet die Regel, weshalb denn von ihr, oder vielmehr von ihren rechtlichen Wirkungen, — denn die Form der Ertheilung ist bereits oben besprochen, [221]) — zuerst zu handeln seyn wird.

Der Prätor ertheilte Jedem, der darum bat, die B. P. des von ihm genannten Erblassers, ohne seine Berechtigung genauer zu untersuchen. Diese Ertheilung war demnach aber auch eigentlich nichts weiter, als eine Bescheinigung, daß der vorgeschriebenen Form genügt sey, [222]) und es ward durch Selbige Niemandes Rechten präjudicirt. Hatten also Mehrere, etwa zu verschiedener Zeit, die B. P. in Bezug auf denselben Nachlaß agnoscirt, so konnte, (abgesehen von mehreren gemeinschaftlich Berufenen,) doch nur Einer sie gültig erworben haben, und zwar Derjenige, welchem sie nach den Regeln und Fristen des successorium edictum eben deferirt worden war. Hatte Jemand die B. P. früher erbeten, als an ihn die Reihe kam, so war dies eben so unwirksam und nutzlos, [223]) als wenn der zuerst Berufene, der sich durch Versäumung um dies beneficium gebracht hatte, sie noch hinterher agnoscirte.

Wenn nun ein Erbcompetent, der sich die B. P. de plano hatte geben lassen, nicht schon im Besitze des Nach-

[221]) Siehe oben, *pag.* 57, Note 68.

[222]) Daher auch der Ausdruck: agnoscere bonorum possessionem, welcher als gleichbedeutend mit petere bonorum possessionem so sehr häufig gebraucht wird.

[223]) *Fr.* 9. *de. B. P.* (Pomponius.) Si plures gradus sint possessionis admittendae, quamdiu incertum sit, *(prior)* petierit, necne, posteriori diem non procedere constat. Erst Constantius, in *c. ult. C. qui admitti ad B. P. possunt,* gestattete allgemein eine anticipirte oder provisionelle Agnition; jedoch auch diese konnte natürlich immer erst in dem Zeitpunkte gültig werden und convalesciren, wo die B. P. Demjenigen, der sie im voraus agnoscirt hatte, wirklich eröffnet wurde. Einzelne Fälle, in welchen der Prätor schon früherhin aus Gründen der Billigkeit eine solche provisionelle Agnition ausnahmsweise per decretum gestattete, werden weiter unten besprochen werden.

lasses war, so mußte er zur Erlangung desselben, falls der Besitzer die Herausgabe verweigerte, Diesen in jus vociren und das interdictum Quorum bonorum postuliren. Auch dies Interdict ward ohne weitere causae cognitio ertheilt, indem der Prätor gegen den Beklagten folgenden Befehl aussprach: Quorum bonorum Aulo Agerio ex edicto meo possessio data est: quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti uti desineres possidere: id Aulo Agerio restituas. [224]) Mit andern Worten heißt das: „Wenn Alles sich angegebenermaßen „verhält, also der Kläger in Bezug auf den fraglichen Nach„laß die B. P. gültig erworben hat, und Du diesen Nachlaß „ganz oder theilweise besitzest ꝛc., so befehle ich Dir, ihm den „Besitz zu restituiren." Der Befehl war demnach ein bedingter, ganz in der Art, wie das in unserm heutigen Processe gebräuchliche mandatum cum clausula.

Unser Interdict gehörte zu den interdicta restitutoria, adipiscendae possessionis, [225]) und so konnte der Beklagte nach Erlassung des Befehls sogleich stehenden Fußes

[224]) Ueber die Interpretation der die Besitzverhältnisse des Beklagten betreffenden Bestimmungen siehe: v. Savigny, in Ztschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 5, *pag.* 11—24. und den Vfr., in Rhein. Museum f. Jurisprudenz. Bd. 4, *pag.* 199—208.

[225]) Die Haupteintheilung der Interdicte (Gaji *Inst.* 4, § 142.) in prohibitoria, restitutoria und exhibitoria gründet sich auf die Verschiedenheit des Schlusses der Formel, in welcher der Prätor seinen Befehl aussprach; nemlich bei den prohibitorischen Interdicten: ne facias, (*Fr.* 2, *pr. ne quid in loco publ.* und *Fr.* 1. *pr. de fluminibus.*) oder facere veto, (*Fr.* 1, *pr. XLIII.* 6. u. 13.) oder, und zwar am häufigsten, vim fieri veto; (*Fr.* 1, *pr. XLIII.* 9. 11. 14. 15. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 27. 28. 31. u. 32.) bei den Restitutorischen: restituas; (*Fr.* 1, *pr. Quorum bon. Fr.* 1, § 2. *Quod legatorum. Fr.* 1, *pr. Quod vi aut clam.* und *Fr.* 2, *pr. de precario.*) und bei den Exhibitorischen: exhibeas. (*Fr.* 1, *pr. XLIII.* 5. 29. u. 30.). Solchemnach gehören von den Possessorischen die interdicta adipiscendae und recuperandae zu den restitutorischen, die retinendae possessionis aber zu den prohibitorischen Interdicten.

auf Bestellung eines arbiter antragen. [226]) Unterließ er dieses, ohne gleichwohl die Verlassenschaft dem Kläger in Güte auszuliefern, so ward die Sache, wenn Letzterer nun den Gegner auf's neue in jus vocirte, und den Ungehorsam Desselben, daß er dem ergangenen Befehle nicht Folge geleistet habe, anklagte, an einen Judex verwiesen, der dann eben darüber zu erkennen hatte, ob der Beklagte wirklich ungehorsam gewesen sey, (an tenuerit eum interdictum,) oder nicht. Jetzt mußte denn per sponsionem procedirt werden, d. h. beide Parteien waren genöthiget eine Conventionalstrafe (summa sponsionis et restipulationis,) für den Fall des Unterliegens gegen einander zu verwetten, und der Judex wurde instruirt, Denjenigen, der Unrecht habe, in jene Conventionalstrafe zu verurtheilen, daneben aber, falls Selbiger der Beklagte sey, ihm zugleich die Auslieferung der Verlassenschaft nunmehr unbedingt anzubefehlen, und ihn endlich, wenn auch diesem Befehle nicht Folge geleistet werde, in eine bestimmte Geldsumme, als zu ermittelnden Werth des streitigen Gegenstandes, zu condemniren. [227])

[226]) Gaji *Inst.* 4, § 162—164.

[227]) Gaji *Inst.* 4, § 165. Itaque si arbitrum non petierit, (*scil.* is, cum quo agitur,) sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur. nam actor prouocat aduersarium sponsione: Si contra interdictum (So, und nicht: *edictum*, muß gelesen werden;) Praetoris non exhibuerit aut non restituerit: ille autem aduersus sponsionem aduersarii restipulatur. deinde actor quidem sponsionis formulam edit aduersario; ille huic inuicem restipulationis. sed actor sponsionis formulae subiungit et aliud iudicium de re restituenda uel exhibenda: ut, si sponsione uicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur — (Das Folgende ist nicht zu lesen.)

Gajus sagt hier ganz bestimmt, daß der Kläger nur die summa sponsionis, und der Beklagte nur die summa restipulationis einfordere; aber eben so bestimmt auch in der folgenden, vom Interdicte Uti possidetis handelnden Stelle, daß der Verlierende beide Summen bezahlen müsse. Diese Verschiedenheit gründet sich wohl auf die Duplicität des letzteren Interdictes, bei welchem jede Partei zugleich Kläger und Beklagter ist, und demnach als Kläger die sponsio verlangt, als Beklagter restipulirt. (Ich lese deshalb auch im § 166. *l. c.* folgender=

Die Wette selbst (sponsio) konnte der Kläger auf zweierlei Art abfassen, nemlich entweder: Si bonorum Caji Combusti possessionem Praetor ex edicto suo mihi dedit, centum dare spondes? — oder: Si contra Praetoris interdictum Caji Combusti bona mihi non restitueris, etc. [228]) Beide Formeln liefen ganz auf dasselbe Ziel hinaus; denn um die Condemnation des Gegners zu bewirken, mußte der Kläger, — außer dem Besitzverhältnisse des Beklagten, falls der Besitz in Abrede gestellt war, — jedenfalls beweisen, nicht nur, daß ihm überhaupt die B. P. vom Prätor de plano ertheilt sey, sondern zugleich auch, daß diese Ertheilung dem Edicte gemäß geschehen sey, d. h., daß ihm die B. P. zu der Zeit, als er sie agnoscirt habe, auch wirklich deferirt gewesen sey, also, daß entweder er selbst vor allen Uebrigen durch das Edict berufen worden, oder aber die etwa vor ihm Berufenen sich an ihrem Rechte versäumt hätten. [229]) Wurde dieser Beweis nicht geführt,

maßen: Postea alter alterum sponsione prouocat: Si aduersus edictum Praetoris, interdicentis nobis, factum esset. inuicem ambo restipulantur aduersus sponsionem; welches sowohl der Handschrift, als auch der eben mitgetheilten Parallelstelle im § 165, weit genauer sich anschmiegt, als die Berliner oder gar die Heffter'sche Conjectur.) — A. M. ist: Schneider, Allgm. subsid. Klagen des R. R. *pag.* 140. Note 70.

[228]) Die erste Formel finden wir bei Cicero, *ad Diversos.* 7, 21. (Cicero Trebatio S. D. — Cum Silio dicerem, tibi videri sponsionem illam nos sine periculo facere posse: *Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit;* negare ajebat Servium, tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit: hoc idem Ofilium dicere.) die Zweite dagegen in der in der vorigen Note abgedruckten Stelle des Gajus. Anzunehmen, daß Jene die Aeltere gewesen, aber späterhin durch diese Zweite verdrängt worden sey, ist wohl kein Grund vorhanden, indem wir letztere Formel, namentlich in Bezug auf das interdictum Unde vi, ebenfalls schon bei Cicero antreffen. *(pro Caecina, cap.* 8. *i. f.)* Ich vermuthe also, daß beide Formeln gleichzeitig im Gebrauche waren.

[229]) *c.* 1. *C. Quorum bonorum.* (Severus.) — Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto *Quorum bonorum* non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.

oder konnte der Beklagte gar darthun, daß ihm selber die B. P. gültig ertheilt sey, so mußte der Kläger abgewiesen werden. Auch der letztgedachte Einwand war übrigens ein reines Läugnen des Klagegrundes, und deshalb brauchte der Beklagte durchaus nicht etwa eine exceptio: Ni mihi potius B. P. ex edicto data sit, zu postuliren, sondern er durfte ohne Hülfe einer solchen Exception im Judicium immer ausführen: non ex edicto bonorum possessionem actori datam esse. [230]) Nur in dem Falle, wenn der Beklagte jure civili heres, und daneben wirklich vor dem Kläger zur B. P. berufen war, die Agnition aber jure civili contentus versäumt hatte, mußte er, um sich gegen die Verurtheilung zu schützen, eine exceptio doli erbitten, worüber oben *pag.* 72 bis 77. das Genauere entwickelt ist.

Was die bereits beiläufig berührte Verweisung des Streites an einen arbiter betrifft, so wissen wir so viel gewiß, daß bei diesem Proceßgange (per formulam arbitrariam) keine Conventionalstrafe vorkam. Ob aber der arbiter über das Recht selbst, d. h. über die Gültigkeit der dem Kläger verliehenen B. P. habe entscheiden dürfen, scheint zweifelhaft. Ich möchte glauben, daß der Beklagte nur in dem Falle einen arbiter erbitten konnte, wenn er den Kläger als wirklichen bonorum possessor anerkannte, jedoch den Besitz von Nachlaßgegenständen, überhaupt oder wenigstens in dem eingeklagten Umfange, bestritt, oder endlich

[230]) Ganz eben so vertheidigt Cicero den Quintius, der eine sponsio: Ni bona sua ex edicto P. Burrieni praetoris possessa essent, gemacht hatte, obwohl der Gegner sogar durch ein Decret des Prätors immittirt gewesen war, dennoch hauptsächlich damit, daß er ausführt, die missio sey ganz gegen die Bestimmungen des Edictes ertheilt worden. „Ex edicto autem non potuisse bona possideri „demonstravi.“ (Cic. *pro Quintio. cap.* 28. cf. *cap.* 6. 10 u. 19.)

seiner eignen Sicherheit wegen lieber unter richterlicher Autorität als privatim restituiren wollte. [231])

Genug, — die Agnition giebt an sich keinen Beweis der wirklich erworbenen B. P., und die jedem Andern, als dem nach den Vorschriften des successorium edictum eben Berufenen, de plano ertheilte B. P. ist völlig unwirksam und ohne Bedeutung, so daß immer nur Derjenige als wirklicher bonorum possessor bezeichnet werden kann, qui in judicio interdicti Quorum bonorum potior esse debet. [232])

Neben dieser Erwerbform der B. P. durch simple Agnition behielt nun die Erwerbung durch ein Decret des Prätors unläugbar ein ziemlich weites Feld der Anwendung.

Der charakteristische Unterschied zwischen der Ertheilung der B. P. de plano und der per decretum hinsichtlich der äußeren Erscheinung zeigt sich bekanntlich darin, daß Letztere nur pro tribunali und nach einer vorhergegangenen causae cognitio erfolgen kann.

Fr. 3, § 8. *de B. P.* (Ulp.) Si causa cognita bonorum possessio detur, non alibi dabitur, quam pro tribunali: quia neque decretum de plano interponi,

[231]) Gaji *Inst.* 4, § 163. — Gajus sagt, es sey streitig, ob der Beklagte, der einen arbiter erbitte, das calumniae judicium opponiren könne, „quasi hoc ipso confessus uideatur, restituere se debere." Wenn er hinzufügt: „sed alio iure utimur, et recte;" so widerspricht dies der im Texte geäußerten Ansicht durchaus nicht; denn, auch wenn die Berechtigung des Klägers zur B. P. gar nicht in Abrede gestellt wird, so kann seine Klage dennoch eben aus dem Grunde eine Calumniöse seyn, weil er etwa fälschlich behauptet, der Beklagte habe sich in Besitz von Nachlaßsachen gesetzt.

[232]) Hiemit ist aber nicht gesagt, daß diese B. P. auch cum re seyn müsse; vielmehr kann von dem Unterschiede: cum re und sine re, nur eben bei einer gültig ertheilten B. P. die Rede seyn. Hat Jemand eine B. P. agnoscirt, die ihm nicht wirklich deferirt war, oder hat er sie zu spät agnoscirt, so ist er nicht bonorum possessor sine re, sondern er ist überall nicht bonorum possessor, und seine Agnition bleibt in jeder Beziehung nichtig.

neque causa cognita bonorum possessio alibi quam pro tribunali dari potest.

Daneben ist noch zu bemerken, daß das utile tempus der dem Berufenen durch das successorium edictum gesteckten Frist hier etwas anders und günstiger berechnet wird.

Fr. 2, § 1. *Quis ordo in poss. serv.* (Ulp.) Dies bonorum possessionis utiles esse palam est: sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit. Quid, si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? Sessiones erunt nobis computandae, quibus sedet is: quibusque per ipsum Praetorem factum non est, quo minus daret bonorum possessionem. (cf. § 2 *et* 3. *sequ.*)

Fragen wir dagegen nach den Fällen, in denen ein solches Decret erforderlich war, und nach den rechtlichen Wirkungen desselben, so sind unsere Quellen in Bezug hierauf freilich sehr dürftig. Nach dem Aufhören des ordo judiciorum privatorum, als Derjenige, qui jurisdictioni praeest, auch selber zugleich Judex war, hatten natürlich die Bestimmungen des Edicts, welche von der Trennung beider Functionen und von den Fällen handelten, in welchen der Magistrat selbthätig einschreiten mußte, fast alle praktische Bedeutung verloren; und so erklärt sich leicht, daß und warum solche Stellen der Juristen, die ex professo hierüber sprechen mochten, nicht mit in die Compilation aufgenommen wurden. Wir können deshalb mehr nur aus beiläufigen Aeußerungen in den Digesten und aus dem innern organischen Zusammenhange des Rechts eine Theorie

zusammenzustellen versuchen, deren Lückenhaftigkeit sich indessen ganz und gar nicht verhehlen läßt. [233])

Bei Aufsuchung der Fälle, in welchen die B. P. durch ein Decret des Prätors ertheilt ward, muß uns wohl die Frage nach dem Bedürfnisse eines Solchen und der vorhergehenden causae cognitio leiten. Ich glaube nun vier verschiedene Kategorien dieser Fälle aufstellen zu können.

I. Zuerst leidet es wohl kaum einen Zweifel, daß immer, wenn die B. P. nur bedingungsweise oder auf Widerruf gegeben ward, oder aber, sobald der Erwerber seinem Hintermanne Sicherheit wegen eventueller Restitution des Nachlasses bestellen mußte, — Beides fällt in der Regel zusammen, — die prüfende und entscheidende Thätigkeit des Prätors durchaus nothwendig war. Unter diese Regel sind folgende Classen von Personen zu subsumiren:

1. Der procurator oder negotiorum gestor, der die B. P. für einen Abwesenden erbittet.
2. Der curator furiosi in Bezug auf die seinem Pflegling deferirte B. P.
3. Der nächste Hintermann des furiosus.
4. Der sub conditione suspensiva institutus, und
5. Der impubes, cui controversia fit, an inter liberos testatoris sit.

Hinsichtlich der unter der ersten und vierten Nummer aufgeführten Personen, [234]) erwähnen unsere Quellen zwar nicht ausdrücklich des Decretes, wohl aber des Zwanges zur Cautionsbestellung; und hierin liegt eben ein indirecter Beweis, daß ihnen die B. P. auch nur per decretum ertheilt

[233]) Vorzüglich erst v. Löhr, (Magazin f. Philos. u. Gesch. d. Rechts. Bd. 2, *pag.* 437—450.) hat richtigere Ansichten über die decretalis B. P. aufgestellt, wobei jedoch noch Eines und Anderes einer genaueren Revision bedarf.

[234]) Vgl. über Diese oben *pag.* 60—66.

werden konnte; denn wie läßt sich eine Sicherheitsleistung und der Befehl dazu anders denken, als unter Voraussetzung einer vorgängigen causae cognitio, bei welcher auch Derjenige, der die Caution zu fordern befugt ist, gehört werden muß.

Was den curator furiosi betrifft, so wird uns wiederholt gesagt, daß Selbiger seinem Pflegebefohlenen nur durch ein Decret die B. P. erwerben konnte, [235]) wogegen in Bezug auf den infans die simple Agnition von Seiten des Vaters oder Tutors genügte. [236]) Der Grund dieser Verschiedenheit möchte vielleicht in dem Rechtssatze: tutor personae, curator rei vel causae datur, zu suchen seyn. Der Curator repräsentirte nicht schlechthin die juristische Person seines Pfleglinges, sondern ihm liegt eigentlich nur die Erhaltung und Verwaltung seines Vermögens ob. Ward dem furiosus nun von außen her eine Erbschaft deferirt, so gehörte der Erwerb ihres Besitzes, (die Nachsuchung der B. P.) nicht eigentlich zur Administration des Vermögens, und so bedurfte es, wie ich meine, eben deshalb wohl einer besondern Autorisation des Curators zu diesem Acte, welche denn nur nach vorgängiger Prüfung vom Prätor ertheilt wurde. Nur in diesem Punkte, so wie etwa noch darin, daß der Curator den hinter dem furiosus zur hereditas Berufenen vielleicht Caution bestellen mußte, [237]) besteht

[235]) Justinian bezeugt dieses in *c. ult.* §. 3. *C. de curatore furiosi.* — Curatori licentiam damus, ... eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur. Auch die Worte: — et si furioso decreto petita sit possessio, — in *Fr.* 2, § 11. *ad SCum Tertyll.* sind wohl mehr für ein Zeugniß der Compilatoren, als Ulpian's anzusehen. Indessen haben wir doch auch einen directen Beweis aus der classischen Zeit, nemlich in *Fr.* 1, § 5. *de success. edicto.*, wenn man § 7. *eod.* damit zusammenstellt.

[236]) d. h. wenigstens im Zeitalter der classischen Jurisprudenz. Ob früherhin nicht auch hier eine causae cognitio und ein Decret erforderlich gewesen sey, lasse ich dahin gestellt.

[237]) Siehe hierüber oben, *pag.* 62—64.

im Zeitalter der classischen Jurisprudenz eine Verschiedenheit zwischen der dem infans und der dem furiosus bewilligten B. P. [238]); in allem Uebrigen ist völlige Gleichheit vorhanden. Beiden Classen von Personen wird durch ihre Pfleger die B. P., aber nicht die hereditas, definitiv erworben; und so kann Beider Berechtigung, falls sie sterben, bevor sie durch eigne Erklärung die hereditas acquirirten, bei und mit ihrem Tode zur B. P. sine re werden; aber kein Hintermann, der allein zur B. P. und nicht auch zur hereditas berufen ist, kann ihren Successoren den Nachlaß entreißen.

In der späteren christlichen Zeit ist freilich diese Gleichheit aufgehoben, indem eines Theils Theodosius [239]) den Vater und Tutor ermächtigte, die dem infans deferirte hereditas sogar nach Civilrecht zu acquiriren, Justinian dagegen verordnete, daß die für den furiosus erbetene B. P. nur in dem Falle definitiv gültig werden solle, wenn Letzterer

[238]) Ob auch hinsichtlich der Versäumung des Erwerbes ein Unterschied bestehe? — Papinian in *Fr.* 1. *de B. P. furioso etc.* behauptet ausdrücklich, daß weder dem infans noch dem furiosus die Agnitionsfrist ablaufe, und Beide durch das Versäumniß ihrer Pfleger nicht von dem beneficium der B. P. ausgeschlossen werden könnten. Dagegen lehrt Ulpian in *Fr.* 7, § 2. *de B. P.* Dies, quibus tutor aut pater scit, cedere placet. Allein auch hinsichtlich des furiosus scheint Derselbe ein Gleiches zu statuiren, denn in *Fr.* 1, § 7. *de success. edicto.* sagt er ganz allgemein: Decretalis bonorum possessio — diebus finiri potest: sed repudiari eam non posse verius est. Folglich haben wir hier wohl mit einer Controverse zu thun, die sich eben so gut auf den furiosus als auf den infans bezog, so daß auch in dieser Hinsicht keine Verschiedenheit obwaltet.

Was die Repudiation betrifft, so kann Solche nach der zuletzt mitgetheilten Stelle Ulpian's bei der decretalis B. P. überhaupt nicht vorkommen. Daneben ist aber in *Fr.* 1, § 4 u. 5. *eod.* noch besonders gesagt, daß weder der Tutor noch der Curator die B. P. repudiiren können, was denn auch Paulus in *Fr.* 8. *de B. P.* bestätigt. Nur freilich darf nach *Fr.* 1, § 4. *cit.* der Pupill selber tutore auctore repudiiren, wogegen bei dem furiosus etwas Aehnliches natürlich nicht Statt findet.

Uebrigens steht Gajus, in *Fr.* 11. *de auct. et cons. tut.* (Siehe unten *pag.* 167.) in directem Widerspruche mit Ulpian und Paulus, indem er sowohl dem Tutor als dem Curator die Befugniß zur Repudiation beilegt.

[239]) *c.* 18. *C. de jure deliberandi.*

wieder zu Verstande käme, und sie dann ratihabirte. [240]) Solchemnach hat denn auch v. Löhr [241]) ganz Recht, wenn er behauptet, daß nach Justinianischem Rechte die B. P. furioso data nichts weiter als eine missio in possessionem sey, die an sich niemals ein Successionsrecht begründen könne; [242]) allein im ältern Rechte war es anders; und daß derzeit die vom curator furiosi und die vom tutor infantis erbetene B. P. hinsichtlich ihres Rechtsgehaltes auf völlig gleicher Stufe standen, geht nicht nur aus dem innern Zusammenhange des Rechtssystems hervor, sondern auch aus folgendem Zeugnisse des Gajus.

Fr. 11. *de auctoritate et cons. tut.* Si ad pupillum aut furiosum bonorum possessio pertineat, expediendarum rerum gratia, et in agnoscenda et in repudianda bonorum possessione voluntatem tutoris curatorisque spectari debere, placuit: qui scilicet, si quid eorum contra commodum pupilli, furiosive fecerint, tutelae curationisve judicio tenebuntur.

Wenn nemlich der Curator, durch Erwerb der B. P. für seinen Pflegling, Diesen in Nachtheil bringen kann, so erhellt deutlich, daß hier von einem wirklichen Successionsrechte die Rede sey, welches eben zur Bezahlung aller auf dem Nachlasse haftenden Schulden verpflichtet; denn durch die Erlangung einer bloßen missio in possessionem konnte der furiosus niemals Schaden leiden. Ganz eben so, wie

[240]) *c. ult. C. de curatore furiosi.*

[241]) Siehe: Magazin f. Philos. und Gesch. des Rechts, von Grolman. Bd. 2, *pag.* 450. Vgl. Bd. 3, *pag.* 56 f. u. 59—60.

[242]) Stirbt der furiosus, ohne vorher die für ihn erbetene B. P. in einem lichten Augenblicke ratihabirt zu haben, so fallen diese bona, selbst in Ermangelung irgend eines sonst zur Succession in dieselben Berechtigten, dennoch nicht an seine Erben, sondern an den Fiscus, als erbloses Gut. Dagegen aber haftet der furiosus auch nicht persönlich den Gläubigern des Erblassers, sondern Diese können höchstens die Abtretung der Verlassenschaft fordern.

hier, sind auch in der Titelüberschrift *D.* 37, 3. *de B. P. furioso, infanti etc. competente,* und in *Fr.* 1. *eod.* pupillus und furiosus, Tutor und Curator, auf Eine Linie gestellt. Daß dagegen in *Fr.* 2, § 11 und 13. *ad SCum Tertyll.* Alles dem neuesten Rechte gemäß gemodelt und interpolirt sey, erkennt v. Löhr in einem späteren Aufsatze selber an. [243])

Der zunächst hinter dem furiosus zur B. P. Eingeladene kann dieselbe, falls er bei Lebzeiten des furiosus zu ihrem Erwerbe zugelassen wird, offenbar auch nur durch ein Decret erhalten. [244])

In einem ähnlichen Verhältnisse endlich, wie der sub conditione institutus befindet sich der impubes, cui controversia fit, an inter liberos defuncti sit, also der Carbonianus bonorum possessor. Daß diese Carboniana B. P. nur per decretum erworben werden konnte, wird überall nicht bestritten; wohl aber behaupten Viele, besonders v. Löhr und Förster, [245]) dieselbe sey gar keine eigentliche B. P., sondern nur lediglich eine missio in possessionem gewesen, von ganz gleicher Bedeutung wie die missio ventris.

Die einfache Betrachtung des Rechtsverhältnisses wird uns am sichersten leiten.

[243]) Magazin von Grolman. Bd. 3, *pag.* 63. Vgl. Bd. 2, *pag.* 455. Note 1. a. E.

[244]) *Fr.* 1. *de B. P. furioso etc.* (Pap.) — Quid ergo, si curator (*scil.* furiosi) accipere nolit? nonne justius atque utilius erit, ad eundem modum proximo cuique possessionem dari, ne bona jaceant? quo admisso, substitutus cautionem praestare cogitur omnibus his, quibus bona restitui debent: si forte institutus in eodem furore decesserit, aut compos mentis effectus, ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret. Nam et fieri potest, ut vivo furioso substitutus decedat, nec tamen furiosus obstet ceteris, si prius et ipse decesserit, quam hereditatem adquireret.

[245]) v. Löhr, in Grolman's Magazin, Bd. 2, *pag.* 450 — 459. Förster. *de B. P. liberorum praet. contra tab. pag.* 202 — 241. Vgl. auch Koch, *B. P. pag.* 98 ff. und besonders Rudorff, in Ztschrift f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 9, *pag.* 42 — 46.

Ein impubes ist entweder zur contra tabulas, oder als posthumus zur secundum tabulas, oder endlich zur unde liberi B. P. eines Ascendenten von der Schwerdtseite berufen; sein Hintermann aber, also ein scriptus heres, oder ein substitutus, oder ein jedenfalls nur zur Intestat-Succession Befähigter, bestreitet das Verwandtschaftsverhältniß des Pupillen, und nimmt zugleich selber den Nachlaß in Anspruch. Nach den allgemeinen Regeln müßte der impubes, nachdem er die B. P. in dem betreffenden ordo agnoscirt hätte, sofort, entweder als Kläger im Interdictsprocesse, um den Besitz des Nachlasses zu erlangen, den Beweis führen, daß er zu den liberi testatoris gehöre, oder aber als Besitzer sich auf die Klage (die hereditatis petitio oder das Interdict) einlassen, und die Beweisführung seines Gegners erwarten. Nun verordnet aber das Carbonianum edictum, daß nach vorhergegangener causae cognitio der Rechtsstreit bis zu erreichter Pubertät des Pupillen vertagt, bis dahin aber Diesem die B. P. ganz in der Weise ertheilt werden solle, als wenn sein Status überall nicht bestritten wäre.

Fr. 1, *pr. de Carbon. edicto.* (Ulp.) Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset: et judicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.

Fr. 7, § 4. *eod.* (Julianus.) Quotiens Carbonianum decretum interponitur, eodem loco rem haberi oportet, quo esset, si nulla controversia fieret ei, qui bonorum possessionem acceperit.

Also bis zu erreichter Pubertät gilt der Pupill vermöge einer Fiction oder Rechtspräsumtion ohne Widerrede für die zur B. P. berechtigte Person, wogegen er aber allerdings

eben so, wie der sub conditione institutus, oder der mit der inofficiosi querela belangte bonorum possessor secundum tabulas, u. s. w. dem Gegner für die eventuelle Restitution des Nachlasses Sicherheit stellen muß. Sobald dies geschehen ist, genießt er völlig die Rechte eines jeden andern bonorum possessor.[246]) Leistet er keine Caution, so werden seine Befugnisse freilich sehr beschränkt; aber dies ist gar nicht etwas dieser Art B. P. Eigenthümliches und Besonderes; denn stets, wenn ein bonorum possessor Caution bestellen muß, und diese Verpflichtung nicht erfüllt, treffen Denselben gleiche, ja meistens noch weit größere Nachtheile; und der Pupill wird in unserm Falle grade ausgezeichnet milde behandelt.[247])

Der Ausdruck: Carboniana B. P. bezeichnet demnach gar nicht eine eigne Gattung der B. P., sondern nur einen singulären Modus, unter welchem dieselbe in bestimmten Fällen ertheilt wurde; und wohl allein der Umstand, daß diese Modalität noch nachträglich und zu einer Zeit erbeten werden durfte, nachdem die ordinaria B. P. selber bereits de plano ertheilt war, mag die Benennung Carboniana B. P. veranlaßt haben. Die Frist nemlich zur Nachsuchung des Carbonianum decretum lief erst von dem Augenblicke an, wo der Pupill Kenntniß davon erhielt, daß sein Verwandtschaftsverhältniß bestritten werde. Hatte er also z. B. die B. P. unde liberi bereits agnoscirt, und erfuhr späterhin, daß der agnatus proximus ihn nicht als Sohn des Erblassers anerkennen wolle, sondern selber die Erbschaft als legitimus in Anspruch nehme, so konnte und mußte er wiederum den Prätor angehen, und ihn jetzt pro tribunali um die nochmalige Ertheilung (oder eigentlich Bestätigung)

[246]) *Fr.* 4. *i. f.* und *Fr.* 15 und 16. *de Carbon. edicto.*

[247]) Siehe oben, *pag.* 41 ff. und Rudorff, a. a. O. *pag.* 37 ff.

der schon agnoscirten B. P. durch ein Decret bitten. Es kam also in solchem Falle eine doppelte Ertheilung der B. P. vor, — einmal de plano, und zum zweitenmal per decretum, — wogegen in der Regel sonst beide Erwerbarten einander ausschließen; und die solchergestalt zum zweitenmal per decretum gegebene B. P. heißt nun zum Unterschiede von der vorhin durch simple Agnition Erworbenen die Carboniana. Meistens jedoch wird die Agnition der ordinaria B. P. und die Bitte um das Carbonianum decretum in Einen Act zusammen gefallen seyn. [248])

[248]) Wie stellt sich die Sache, wenn der Pupill, als suus heres und jure civili contentus, etwa die Frist zur Agnition der ordinaria B. P. versäumt hat, und erst, nachdem sein Hintermann die ihm jetzt eröffnete B. P. erbeten hatte, Kenntniß davon erhält, daß Letzterer seinen status bestreite? — Hier läuft freilich noch die Frist für die Carboniana, aber nicht mehr für die ordinaria B. P. — Julian in *Fr.* 4. *h. t.* beantwortet diese Frage nicht; denn er setzt einen Fall, wo der Pupill in verschiedenen ordines auf sich selber folgt, wie z. B. in den ordines: unde liberi und unde legitimi, (cf. *Fr.* 6, § 2. *h. t.*) und zeigt, unter welchen Umständen der Pupill der Carboniana B. P. verlustig gehe, obgleich er von der ordinaria noch nicht ausgeschlossen worden. Unser Fall ist der Umgekehrte; der Pupill hat die ordinaria, z. B. die contra tabulas B. P. durch Ablauf der Agnitionsfrist verloren, die secundum tabulas ist von seinem Gegner gehörig agnoscirt, und nun fragt sich, ob der Pupill auch als Civilerbe auf das beneficium des Carbonianum edictum Anspruch machen kann? — Ich wage nicht hierüber zu entscheiden. Vielleicht bezieht sich auf eine solche Anwendung des Carbonianischen Edictes der Ausdruck: Carboniana sola, in *Fr.* 2, § 12. *ad SCum Tertyll.*, falls diese Stelle ächt seyn, und nicht eben so eine Interpolation durch die Compilatoren erlitten haben sollte, wie offenbar der vorhergehende und der nachfolgende Paragraph.

Wenn wirklich in solchem Falle dem angeblichen suus heres, ohne daß er zugleich die ordinaria B. P. agnoscirt hatte, durch ein decretum ad exemplum Carboniani provisorisch geholfen wurde, so will ich nicht bestreiten, daß dieses Decret lediglich eine missio in possessionem erzeugen mochte.

Sonderbar erscheint es, daß v. Löhr eben diesen Fall, wo der Pupill die Agnition der ordinaria B. P. versäumt hat, als den Normalmäßigen für die Carboniana B. P. aufstellt, und an Selbigen seine Demonstrationen und Deductionen anknüpft, da doch Julian in *Fr.* 3, § 15. *h. t.* ausdrücklich ganz allgemein vorschreibt: Sed oportebit hunc, qui se filium dicit, non solum Carbonianam bonorum possessionem accipere: verum etiam ordinariam agnoscere. Höchstens als seltne Ausnahme von der Regel kann jener Fall in Betracht kommen, und so darf ich dem, was Förster (*l. c. pag.* 222, Note 50. und *pag.* 228, Note 62.) in dieser Beziehung gegen v. Löhr ausführt,

Was sich solchergestalt aus unsern Quellen positiv dargelegt, nemlich: daß und warum die Carboniana eine wahre B. P., und nicht bloß eine missio in possessionem sey, wird nun auch durch die von v. Löhr aufgestellten Gegengründe ganz und gar nicht widerlegt.

Zuerst beruft der geehrte Herr Verfasser sich darauf, daß der Carbonianus bonorum possessor häufig mit dem Ausdrucke: ex Carboniano in possessionem missus, bezeichnet werde. [249]) Die Sache ist richtig; aber weit häufiger doch finden wir die Bezeichnungen: Carboniana B. P. — Carbonianus bonorum possessor — bonorum possessionem ex hac parte edicti (*vel* ex Carboniano) dare, accipere, habere u. s. w., [250]) welche von einer bloßen missio in possessionem überall nicht gebraucht werden dürfen. Man vergleiche nur, wie behutsam sich die Römischen Juristen ausdrücken, so oft sie von der missio ventris reden, die ohne alle Frage keine B. P., sondern nichts weiter als eine missio in possessionem ist. Hier wird niemals der Ausdruck B. P. gebraucht, vielmehr immer die missio ausdrücklich der B. P. entgegen gesetzt.

Fr. 10. *de ventre in poss. mitt.* (Paulus.) — nam et ventrem Praetor ex omnibus Edicti (partibus) mittit in possessionem bonorum: non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.

Fr. 4, *pr. de inofficioso.* (Ulp.) — potuit enim (*scil.* nasciturus) scriptus heres in possessionem mitti

nur beipflichten; obwohl Förster selbst wieder in den Irrthum geräth, den Fall, daß der Pupill die erforderliche Caution nicht bestellt, als Normalen zu betrachten.

[249]) *Fr.* 3, § 13. *Fr.* 5, § 3. *Fr.* 6, § 6. und *Fr.* 7, § 5. *de Carbon. edicto.*

[250]) *Fr.* 1, *pr.* § 8. 9. und 10. *Fr.* 3, § 2. 3. 4. 5. 13. 14. 15 und 16. *Fr.* 4. *Fr.* 7, § 4. 6. und 8. und *Fr.* 14. und 15. *de Carbon. edicto.*

ex clausula de ventre in possessionem mittendo: item natus secundum tabulas haberet. [251])

Warum aber, fragen wir, wird denn der Carbonianus bonorum possessor auch missus in possessionem genannt?

Die Antwort auf diese Frage berührt eben die Rechtswirkungen der decreto data B. P. im allgemeinen; und so wird es zweckmäßig seyn, das Nöthige hierüber an dieser Stelle einzuschalten. Wir haben gezeigt, daß bei Anstellung des Interdictes Quorum bonorum der Kläger nicht nur die geschehene Agnition, sondern auch seine Berechtigung zu der agnoscirten B. P. vor dem Judex beweisen mußte. Der Ertheilung per decretum aber ging stets eine causae cognitio voran; der Prätor untersuchte die etwa streitigen Ansprüche, und entschied dann durch sein Decret selber über jene Berechtigung. Hiemit war denn jede weitere Beweisführung vor dem Judex nicht nur unnöthig gemacht, sondern geradezu abgeschnitten; denn unmöglich durfte der Judex sich ein Urtheil darüber anmaßen, ob der Prätor richtig oder falsch entschieden habe. Eine solche Befugniß hätte ja den Judex als eine höhere Instanz über den Prätor gestellt, was undenkbar ist. Also das vom Prätor erlassene Decret, durch welches er die B. P. ertheilte, mußte, wie jede andere auf eine extraordinaria cognitio erfolgte Entscheidung des Magistrates, die Kraft einer res judicata haben; und deshalb brauchte denn Derjenige, welchem die B. P. auf diese Weise zugesprochen war, nicht mehr auf das interdictum Quorum bonorum zu recurriren, sondern er durfte die factische Einweisung in den Besitz verlangen, oder aber von dem interdictum Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, Gebrauch machen. Mit andern Worten: jede B.P. decre-

[251]) cf. *Fr.* 6. und 7, *pr. de ventre in poss. mitt.*

talis hatte die Kraft und Wirkung einer missio in possessionem. Meiner Ueberzeugung nach ergiebt sich dieser Satz mit Nothwendigkeit aus dem Wesen des alten Proceßrechtes und aus dem Verhältnisse zwischen Prätor und Judex, so daß es eines besondern Zeugnisses gar nicht bedürfte; dennoch aber geben grade die von v. Löhr gesammelten Stellen, in welchen der Carbonianus bonorum possessor als ein missus in possessionem bezeichnet wird, [252]) ein solches Zeugniß für meine Behauptung. Weit entfernt also, gegen die bestimmtesten positiven Beweise darzuthun, daß die Carboniana keine ächte B. P. gewesen sey, beweisen sie umgekehrt, daß die decreto data B. P. mit dem Rechte der missio in possessionem verbunden war.

Sodann sagt v. Löhr zweitens: Der Hintermann des impubes werde durch die Diesem ertheilte Carboniana nicht gehindert, im nächstfolgenden ordo oder gradus die ordinaria B. P. gültig zu agnosciren. Da nun zwei hinter einander stehende bonorum possessiones in Bezug auf denselben Theil einer Verlassenschaft nicht zugleich deferirt und erworben werden könnten, so folge, daß die Carboniana keine wirkliche B. P. sey.

Ich halte nun zuvörderst den Obersatz dieses Schlusses, wenn nicht für gradezu falsch, doch nur mit großen Modificationen für annehmbar. Papinian nemlich lehrt eben das Gegentheil des von v. Löhr behaupteten Satzes.

Fr. 12. *h. t.* Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subjectus dicitur, ex Edicto primo bonorum possessionem petit, exemplo legitimi, secundum tabulas interim accipere non potest: quod si medio tempore scriptus, vel ille, qui intestati possessionem habere

[252]) Siehe oben, *pag.* 172., Note 249.

potuerit, moriantur: heredibus eorum succurrendum erit. Quid enim si non potuerunt adire hereditatem, jure cessante, [253]) vel ob litem in dubio constituti?

v. Löhr beruft sich nun zwar auf zwei andere Stellen der Digesten; allein auch Diese sind theils gar nicht, theils doch nicht in dem Umfange beweisend, daß sie das deutliche Zeugniß Papinian's entkräften könnten.

Was erstlich *Fr.* 7, § 8. *h. t.* betrifft, so haben sowohl v. Löhr, als Förster, diese Stelle ganz mißverstanden, und sie gehört gar nicht hieher. Julian wird gefragt, ob wohl zu gleicher Zeit der impubes aus dem Carbonianum edictum und der instituirte Erbe secundum tabulas die B. P. haben könnten; und er antwortet: in zwei Fällen sey Solches möglich. Welche Fälle können dies seyn, wenn wir voraussetzen, daß die Carboniana eine ächte B. P. sey? Ist der impubes ein Sohn des Erblassers, und hat er die contra tabulas B. P. erbeten, so kann nach der eben mitgetheilten Stelle des Papinian der scriptus heres die secundum tabulas vorläufig noch gar nicht agnosciren. Umgekehrt, wenn der impubes nur im ordo: unde liberi berufen wäre, so würde der Testamentserbe allein, und mit gänzlicher Ausschließung des Pupillen, die secundum tabulas B. P. erhalten, ja Letzterer überall nicht zur Carboniana admittirt werden. [254]) Ist aber der zur contra tabulas berufene impubes nicht ein Sohn, sondern eine Tochter des Testators, so accrescirt Diese nach Civilrecht dem instituirten Extraneus in partem dimidiam, und nach einem Rescripte Mark

[253]) d. h. Wenn sie eben nur zu der B. P. und nicht auch zugleich zur hereditas eingeladen waren.

[254]) *Fr.* 20. *de inofficioso.* (Scaevola.) Qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum possessionem non debet accipere: totiens enim ea indulgenda est, quotiens, si vere filius esset, heres esset, aut bonorum possessor: ut interim et possideat, et alatur, et actionibus praejudicium non patiatur:

Aurel's [255]) bekommt sie auch durch die contra tabulas B. P. nichts mehr, als was ihr das Civilrecht zubilligt. Folglich kann sie immer nur auf die Hälfte des Nachlasses die contra tabulas B. P. erlangen, und der scriptus heres erhält die secundum tabulas auf die andre Hälfte. Ferner wenn der impubes als posthumus neben einem Fremden instituirt ist, so erhellt von selbst, daß ihm, wenn auch seine Herkunft bestritten wird, und er deshalb das Carbonianum decretum erbitten muß, [256]) dennoch die B. P. nur auf den Theil des Nachlasses gegeben werden darf, auf welchen er eingesetzt ist, und folglich Beide, der Pupill ex Carboniano, und der neben ihm Instituirte de plano, die secundum tabulas B. P. erhalten, und zwar Jeder von ihnen auf den ihm bestimmten Theil des Nachlasses. Durchaus eben so entscheidet nun Julian; nur bezeichnet er beide Fälle nicht auf positive, sondern auf negative Weise, so daß erst durch Supplirung der ausgelassenen Gegensätze der Sinn deutlich hervortritt. Ich lasse die Stelle selbst folgen, und schiebe die Gegensätze, mit Cursivschrift gedruckt, gehörigen Ortes ein.

Fr. 7, § 8. *de Carbon. edicto.* (Julianus *libro XXIV. Digestorum.*) Quaesitum est, an simul et pupillus ex Carboniano, et scripti heredes secundum

qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, nec aliam ullam, quam hereditatis petitionem, exercere: ne umquam melioris sit condicionis, quam si confitetur adversarius. — cf. *Fr.* 11. *de Carb. edicto.* und *Fr.* 2. *si tab. nullae extab. unde liberi.* (Vgl. Hugo. *de B. P. commentatio.* § 20. woselbst für: possessionem accipiat, trefflich: possessione rem accipiat, conjicirt wird.) Eine Ausnahme, die sich aber sehr einfach erklärt, findet man in *Fr.* 7, § 6. *de Carbon. edicto.* Vgl. hierüber oben, *pag.* 78. Note 99.

[255]) Siehe oben, *pag.* 98. *sub* 3) und die hiezu gehörenden Noten.

[256]) *Fr.* 1, § 8. *de Carbon. edicto.* (Ulp.) — nisi forte postumus est heres institutus, et natus negetur esse filius, sed subjectus esse dicetur: quo casu ejus partis tantum danda est ei bonorum possessio, ex qua institutus est. — cf. *Fr.* 3, *pr. eod.*

tabulas bonorum possessionem haberent? Respondi, si filius non esset, *(sed filia vel neptis,)* aut non accepisset contra tabulas vel ab intestato bonorum possessionem, *(sed et ipse secundum tabulas:)* simul et ipsum ex Carboniano, et scriptos heredes secundum tabulas habituros bonorum possessionem. [257])

Uebrigens ist, außer den beiden hier Angeführten, noch ein dritter Fall möglich, und zwar der, wenn die scripti heredes selber mit zu den liberi testatoris gehören; denn dann concurriren sie natürlich auch mit dem filius, contra tabulas Carbonianus bonorum possessor. [258]) Bei der an Julian gerichteten Frage mögen aber die scripti heredes als extranei bezeichnet gewesen seyn, und so ist es erklärlich, daß er diesen Fall, übrigens den Handgreiflichsten von Allen, nicht mit erwähnt.

Wir sehen also: Julian entscheidet genau so, wie er entscheiden müßte, wenn der Status des Pupillen überall nicht bestritten wäre; und daraus folgt umgekehrt, daß für die Dauer der Impubertät die Carboniana mit der ordinaria B. P. völlig gleiche Geltung habe.

Etwas unbestimmt ist die zweite Stelle, nemlich:

Fr. 1, § 4. *si tab. test. nullae extab. unde liberi.* (Ulp.) Sed et si ex Carboniano Edicto bonorum

[257]) Als ein Bedenken gegen diese Interpretation möchte man einwerfen, daß ich dem Julian hier eine Kenntniß von dem rescriptum D. Marci zuschreibe, da er doch seine Digesten bereits unter Hadrian verfaßt habe. Ich erwiedere aber, daß Julian im hohen Alter, und zwar eben unter Marcus Aurelius seine Digesten noch einmal überarbeitet haben muß; denn in *Fr.* 6, § *ult. de negotiis gestis.*, welche Stelle aus dem dritten Buche seiner Digesten ist, redet er von einem Rescripte des Antoninus Pius, und bezeichnet Diesen mit dem Namen: Divus Pius, also ausdrücklich als einen Verstorbenen.

[258]) *Fr.* 5, *pr. h. t.* (Ulp.) Sed si is, qui controversiam impuberi facit, ex liberis sit: eveniet, ut sive caveat hic, cui status fit controversia, sive non caveat, attamen simul sit in possessionem.

possessio data sit, magis est ut dicere debeamus, ab intestato nihilo minus posse peti, ut enim suo loco ostendimus, non impedit bonorum possessionem edictalem Carboniana bonorum possessio.

Vorerst erhellt nicht ganz entschieden, ob Ulpian hier eben nicht von dem Carbonianus bonorum possessor selber rede, [259]) so daß in unserer Stelle nichts Anderes gelehrt würde, als was derselbe Jurist schon in *Fr.* 3, § 14—16. *de Carbon. edicto.* [260]) vorgetragen hat. Zugegeben indessen, daß Ulpian den von v. Löhr behaupteten Satz aufstelle, so zeigt doch die Fassung der Stelle selbst, daß hier von einer neuen Lehre die Rede sey, von einer Theorie, die Ulpian vielleicht erst selber gebildet und in die Praxis eingeführt hat. Papinian, in *Fr.* 12. *cit.*, obwohl er die Zuläßigkeit der secundum tabulas B. P. verneint, sobald die Carboniana contra tabulas gegeben sey, will dennoch den Erben des scriptus heres, für den Fall, daß nach dem Tode des Letzteren der Carbonianus bonorum possessor für unächt erklärt werde, durch eine s. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis zu Hülfe kommen. Von da, bis zur Gestattung einer eventuellen und provisionellen agnitio bonorum possessionis, wie wir eine solche bereits bei dem de inofficioso acturus kennen gelernt haben, ist

[259]) So versteht Koch die Stelle, (B. P. *pag.* 100, f.) ohne einmal an die Möglichkeit der entgegengesetzten Erklärung, welche auch ich mit v. Löhr für die Richtige halte, irgend zu denken.

[260]) *Fr.* 3. *cit.* § 14. Haec autem possessio intra annum datur, sicuti ordinariae quoque, quae liberis dantur, intra annum dantur. § 15. Sed oportebit hunc, qui se filium dicit, non solum Carbonianam bonorum possessionem accipere: verum etiam ordinariam agnoscere. § 16. Currunt autem tempora ad utramque bonorum possessionem separatim: ordinariae quidem, ex quo patrem suum decessisse scit, et facultatem bonorum possessionis petendae habuit: Carbonianae vero ex eo tempore, ex quo controversiam sibi fieri cognovit.

nur ein sehr kleiner Schritt; [261]) und so glaube ich, daß eben Ulpian zur Fortbildung des Rechts diesen Schritt gethan habe. Hierauf deuten nemlich die Worte: magis est, ut dicere debeamus, und: ut suo loco ostendimus, wonach wir es also mit einer neuen, von der bisherigen Praxis abweichenden Ansicht des Verfassers zu thun haben. Wenn ich also einräume, daß seit Ulpian dem Hintermanne des Carbonianus bonorum possessor die eventuelle Agnition gestattet seyn mochte, — von einer Solchen kann natürlich nur die Rede seyn, denn unbestritten mußten alle etwanigen durch dieselbe

[261]) Man stelle folgende Fälle zusammen: 1) die B. P. sub conditione suspensiva instituto data, 2) die B. P. secundum tabulas, contra quas inofficiosi querela movetur, und 3) die B. P. ex testamento, quod quis subjectum dicit. Im ersten Falle kann der Hintermann des scriptus heres die B. P. überall nicht gültig agnosciren; im Zweiten wird sie ihm eventuell gegeben; im Dritten endlich muß er sie sogar agnosciren, in so fern er seiner Sache gewiß ist, (certus accusationis,) widrigenfalls er, der Strenge nach, seinen Anspruch durch Ablauf der Agnitionsfrist einbüßt. (cf. *Fr.* 14. *de B. P.*) Ganz wie im letzten Falle verhält es sich natürlich, wenn ein pubes, qui subjectus dicitur, eine B. P. contra tabulas oder ab intestato erbeten hat. Der Streit kommt dann durch Anstellung des Interdictes vor den Judex, und Dieser entscheidet durch sein Urtheil, wessen Agnition die Gültige gewesen sey. Ist nun aber Derjenige, qui subjectus dicitur, noch impubes, so schützt ihn die Carboniana praesumtio vorläufig gegen das Interdict. Bis zu erreichter Pubertät soll es durchaus so angesehen werden, als stehe er unbestritten in dem behaupteten Verwandtschaftsverhältnisse zum Erblasser; und erst späterhin kann und darf es sich entscheiden, ob diese Voraussetzung, unter welcher ihm die B. P. gegeben war, richtig gewesen sey. Bis dahin also ist sein Verhältniß dem des sub conditione institutus auffallend ähnlich, wo auch erst künftig sich zeigen kann, ob die conditio erfüllt werde oder nicht. Auf diese Analogie stützt sich denn wohl die ältere Ansicht, daß der Hintermann des Carbonianus bonorum possessor vor erreichter Pubertät des Letztern die B. P. gar nicht gültig agnosciren könne. Hiedurch ward Derselbe aber dem gänzlichen Verluste seines etwanigen Successionsrechtes ausgesetzt, wenn er nemlich früher stirbt, als jener Zeitpunkt eintritt. Dieser großen Unbilligkeit, — besonders da ihn die Carboniana praesumtio schon ohnehin in den Nachtheil versetzt, daß er oft viele Jahre hindurch an Geltendmachung seines Rechtes gehindert wird, — suchten die Römischen Juristen entgegen zu treten, und zwar Papinian sucht auf einem Umwege zu helfen, wogegen Ulpian das Ziel schneller und sicherer erreicht, indem er den Hintermann des Carbonianus bonorum possessor auf Eine Linie mit dem de inofficioso acturus stellt, und ihm, gleich Diesem, gradezu eine eventuelle und provisionelle Agnition gestattet.

erworbenen Befugnisse bis zu erreichter Pubertät des Carbonianus bonorum possessor völlig ruhen, [262]) — so folgt doch keineswegs, daß hiedurch der rechtliche Gehalt der Carboniana B. P. geschmälert worden sey; und zwar eben so wenig, als der B. P. secundum tabulas des scriptus heres irgend Abbruch dadurch geschah, daß seinem Gegner, der die Querel zur Hand nehmen will, eventuell die B. P. ab intestato litis ordinandae gratia gegeben ward. Beide Verhältnisse haben ja die allergrößte Aehnlichkeit mit einander.

Hiemit wird denn auch zugleich der Untersatz und die Schlußfolge in der v. Löhr'schen Deduction widerlegt seyn. [263])

Einen dritten Beweisgrund für seine Behauptung entnimmt v. Löhr aus dem bereits besprochenen *Fr.* 2, § 11 — 13. *ad SCum Tertyll.*, indem hier die B. P. furioso data, die Carboniana, und die missio ventris als ganz gleichartig zusammengestellt würden. Der geehrte Verfasser hat indessen späterhin selber nicht verkannt, daß diese Stelle durch Interpolationen völlig umgewandelt sey, da neue Bestimmungen aus Theodosischen und Justinianischen Constitutionen hineingetragen, und dem alten Juristen in den Mund gelegt sind. [264]) Deshalb schwebt denn auch jedes Räsonnement darüber, was Ulpian hier ursprünglich geschrieben haben möge, ganz in der Luft. Ich erlaube mir daneben auf die Sonderbarkeit des Ausdruckes: Carboniana sola, aufmerksam zu machen, welcher sich sonst nirgends weiter findet. Sollte mit Selbigem der oben in Note 248 entwickelte Ausnahmsfall bezeichnet und gemeint seyn, so würde dann aus der ganzen

[262]) v. Löhr scheint wirklich, indem er sich auf *Fr.* 7, § 8. *h. t.* beruft, an eine simultan wirkende B. P. gedacht zu haben; und darum war es eben nothwendig, diese Stelle in ihr richtiges Licht zu setzen.

[263]) Vgl. oben, *pag.* 151 und 152., besonders aber Note 212. daselbst.

[264]) Siehe oben, *pag.* 168. und Note 243. daselbst.

Stelle, sogar auch in ihrem jetzigen Zustande, gar nichts gegen die Gleichstellung der auf normale Weise erworbenen Carboniana mit jeder andern B. P. irgend gefolgert werden können.

Als letztes Argument führt v. Löhr endlich viertens an, daß der Carbonianus bonorum possessor, als solcher, wenigstens in früherer Zeit keine Erbschaftsklagen habe anstellen können. Dies soll Julian in *Fr.* 3, § 13. *h. t.* lehren. Nun sagt aber eben Derselbe in *Fr.* 4. *eod.* von dem Carbonianus bonorum possessor ausdrücklich: perpetuo possessoriis *(i. e.* fictitiis) actionibus utetur: sed si post pubertatem contra eum judicatum fuerit, denegabuntur ei actiones. Also, so lange die Carboniana B. P. selbst noch vorhält, so lange hat hienach der impubes auch die Klagen, welche jedem bonorum possessor überhaupt zustehen. An eine allmälige Rechtsänderung, wie der geehrte Herr Verfasser meint, wird aber um so weniger zu denken seyn, als beide Stellen von demselben Julian sind, und jene Erste, welche die Erbschaftsklagen angeblich versagt, noch dazu von dem viel späteren Ulpian gebilligt und bestätigt wird. Prüfen wir jetzt die Stelle genauer.

Fr. 3, § 13. *de Carbon. edicto.* (Ulp.) Missum autem ex Carboniano in possessionem student Praetores possessorem constituere: quod si coeperit, aut hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus, aut singulas res: rectissime Julianus libro vicensimo quarto Digestorum scribit, exceptione eum summovendum: contentus enim esse debet hac praerogativa, quod possessorem eum Praetor tantisper constituit: si igitur vult hereditatem aut singulas res petere, petat, inquit, directa actione quasi heres, ut ea petitione judicari possit, an quasi ex liberis heres sit: ne prae-

sumptio Carbonianae bonorum possessionis injuriam adversariis afferat: quae sententia habet rationem et aequitatem.

Fast immer wird der Carbonianus bonorum possessor, wenn er nicht wirklich untergeschoben ist, auch suus heres seyn; [265]) denn bei Jemandem, der von dem Verstorbenen förmlich emancipirt worden, läßt sich kaum ein Zweifel über seinen Status denken. In Bezug auf die ihm gegebene B. P. und das Carbonianum edictum kommt aber sein Civilerbrecht gar nicht zur Sprache. Die Klagen, welche ihm ertheilt wurden, sind die jedem bonorum possessor zu Gebote stehenden fictitiae actiones, und vermuthlich wies der Prätor, durch Einrückung einer Clausel in die formula, — etwa: testatoris filius praesumitor! — den Judex jedesmal besonders an, den klagenden impubes des Beweises seiner Herkunft zu überheben. Durch Processe, die der Pupill auf diese Weise führte, wurde demnach über sein Civilerbrecht gar nicht erkannt, sondern nur seine einstweilige Berechtigung zur B. P. stand in Frage; und somit konnte auch dem Erbrechte seines Hintermannes dadurch nicht präjudicirt werden.

Wie nun aber, wenn der Pupill, mit diesen Vortheilen nicht zufrieden, sein Erbrecht als suus heres geltend machen, und, statt das Interdict oder eine fictitia actio zur Hand zu nehmen, die hereditatis petitio oder eine civilrechtliche Vindication anstellen will? Würden ihm diese Klagen, und zwar mit Einrückung der obgedachten Clausel: testatoris filius praesumitor! ertheilt, so müßte er obsiegen, ohne daß er sich auf den Hauptstreitpunkt, — den Beweis seines Verwandtschaftsverhältnisses, — irgend einzulassen brauchte.

[265]) Einzelne Ausnahmsfälle siehe in *Fr.* 7, *pr.* und § 1. und *Fr.* 8, § 1. *h. t.*

Durch das Urtheil würde er als heres anerkannt, und nach erreichter Pubertät könnte er dann seinem Gegner, welcher nunmehr das gleich anfänglich vorbehaltene und nur aufgeschobene Judicium postulirte, die exceptio rei judicatae opponiren, oder, falls in jenem früheren Processe ein Dritter der Beklagte gewesen war, doch das dort gefällte Urtheil, als ein praejudicium, [266]) vor dem Judex geltend machen. Hierin läge aber die größte Unbilligkeit, und deshalb sagen beide Juristen, in solchem Falle sey dem Beklagten gegen die auf die Präsumtion des Carbonianum edictum basirte hereditatis petitio u. s. w. eine Exception zu ertheilen. [267]) Wolle der Pupill die hereditatis petitio durchaus anstellen, so müsse er auf jene Präsumtion verzichten, und sich die gewöhnliche directe Klageformel ohne Einrückung der obgedachten Clausel gefallen lassen; welches dann die Folge habe, daß in diesem Judicium definitiv über seinen Status erkannt werde.

Diese Entscheidung ist durchaus billig und folgerecht; aber es erhellt auch zugleich, daß unsere Stelle den von v. Löhr behaupteten Satz überall nicht enthält. Dem impubes werden nicht die dem bonorum possessor zuste-

[266]) Solche Präjudicien genossen bei den Römern eines großen, zwar nicht gesetzlich anerkannten, aber eben factisch sich geltend machenden Einflusses auf das Urtheil des Judex, wovon namentlich in Cicero's Reden viele Beispiele vorkommen, indem der Redner, wenn er ein solches Präjudicium gegen sich hatte, (wie z. B. in der Rede pro Cluentio Avito,) sich auf's äußerste bemüht, Dasselbe zu entkräften, im umgekehrten Falle aber es stets wie einen völligen Beweis seines Rechts hervorhebt. Deshalb sind die Römischen Juristen auch so sehr vorsichtig darin, alle präjudicielle Klagen gegen einen bei der Hauptstreitfrage nicht principaliter Betheiligten so viel als möglich zurückzuweisen. cf. *Fr*. 25, § 17. *de H. P.* (Ulp.) — an singulas res .... vindicare petitor ab emptore possit? et si vindicet, an exceptione non repellatur: Quod praejudicium hereditati *(i. e. hereditatis petitioni)* non fiat inter actorem, et eum, qui venum dedit?

[267]) Etwa: Si dilato in tempus pubertatis judicio: an petitor inter liberos testatoris sit, praejudicium non fiet.

henden Klagen, sondern nur die actiones civiles versagt; wie denn überhaupt ja Niemand eine erworbene B. P. als Fundament civilrechtlicher Klagen benutzen kann und darf. Hierin liegt also gar nichts Besonderes, vielmehr wird nur einem möglichen Mißbrauche der durch das Carbonianum edictum eingeführten Präsumtion vorgebeugt.

So viel über die erste Kategorie der bonorum possessiones decreto datae.

II. Die Folgende begreift die Fälle, in welchen der Prätor ausnahmsweise eine eventuelle oder provisionelle Agnition der B. P. gestattet, obwohl Letztere, für den Augenblick wenigstens, noch gar nicht deferirt worden ist. Schon im Vorigen haben wir zwei hieher gehörende Fälle genauer besprochen, nemlich:

1. Die litis ordinandae gratia de inofficioso acturo data B. P. [268]) und

2. Die B. P., welche dem nächsten Hintermanne des Carbonianus bonorum possessor, wenigstens seit Ulpian's Zeit, ertheilt werden mochte.

Zwei andre Fälle macht schon v. Löhr namhaft, [269]) und zwar:

3. Wenn der definitive Erwerb der B. P. um deshalb noch nicht möglich ist, weil noch dahin steht, ob dem Verstorbenen überall per universitatem succedirt werden könne, also wenn der status desselben zweifelhaft ist.

Fr. 1, § 1. *ad SCum Tertyll.* (Ulp.) Si ea sit mater, de cujus statu dubitatur, utrum materfamilias sit, an filiafamilias, utputa quoniam pater ejus ab hostibus captus sit: si certum esse coeperit, matremfamilias esse, liberi admittentur. Unde tractari potest,

[268]) Siehe oben, *pag.* 151 ff.

[269]) in Grolman, Magazin ꝛc. Bd. 2, *pag.* 443—447.

an medio tempore, dum status pendet, succurri eis per Praetorem debeat: ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant? Et magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit.

4. Wenn zwar gewiß ist, daß dem Bittenden die B. P. jedenfalls deferirt sey, aber ungewiß, in welchem ordo, und in welchem Umfange.

Fr. 84. *de acquir. l. omitt. hered.* (Pap.) Ventre praeterito, si filius, qui fuit emancipatus, aut exter heres institutus sit: quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas: sed si vacua ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intellegitur: emancipatus, aut exter, non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnatem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? et ideo decreto filio succurrendum est: quia, sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est. [270])

III. In einigen Fällen wird auch sogar den Erben des zur B. P. Berufenen, welcher aber an der Agnition rechtlich behindert und darüber weggestorben war, die Diesem deferirt gewesene B. P. durch ein Decret ertheilt. Es sind dies die Fälle der von unsern Rechtslehrern so benannten transmissio ex capite in integrum restitutionis. Die Römischen Juristen haben uns folgende Beispiele überliefert:

1. Ein zu den liberi gehörender Descendent ist instituirt, der venter aber präterirt, und der institutus stirbt, ehe es

[270]) cf. *Fr.* 4, § *ult. de B. P. contra tab.* und *Fr.* 16. *de liberis et postumis.*, wo Paulus und Africanus das Decret für unnöthig zu halten scheinen.

sich entschieden hat, ob ein posthumus zur Welt komme, und ohne vorher die ebengedachte provisionelle B. P. durch ein Decret erlangt zu haben.

Fr. 4, § *ult. de B. P. contra tab.* (Paulus.) Si quis eum, qui in utero est, praetermiserit: etiam nondum nato eo, alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest: quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest: nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus: ut, et si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat, quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede: qui nec hereditatem interim adire potest. [271]) *Fr.* 5. *eod.* (Julianus.) Sed et si decesserint, antequam peterent bonorum possessionem, non est iniquum, Praetorem decernere heredibus eorum salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas vel contra tabulas.

2. Ein untergeschobenes Kind hat die Carboniana B. P. erhalten, und der wirklich zur Succession Berufene ist mit Tode abgegangen, bevor jenes Kind die Pubertät erreichte, weshalb er selber also sein Recht nicht hatte geltend machen können. [272])

[271]) Vgl. das eben unter II. 4. *pag.* 185. Gesagte. Es liegt hier ganz derselbe Fall vor, der in dem zuletzt abgedruckten *Fr.* 84. *de acquir. l. omitt. her.* behandelt ist. Die Verschiedenheit der Behandlung von Seiten der verschiedenen Juristen zeigt eben, daß die Theorien nicht überall so fest standen, als wir gewöhnlich glauben, sondern daß dem selbständigen Wirken des Prätors, nach seinem billigen Ermessen, ein ziemlich weites Feld offen geblieben war.

[272]) *Fr.* 12. *de Carbon. edicto.*, abgedruckt oben, *pag.* 174 f. Wenn es richtig ist, daß in solchem Falle, wenigstens seit Ulpian, dem Hintermanne des Carbonianus bonorum possessor eine eventuelle und provisionelle Agnition verstattet worden sey, (Vgl. oben, *pag.* 178 ff. und 184.) so dürfte damit zugleich der Grund zu der hier von Papinian gewährten außerordentlichen Hülfe weggefallen seyn. — Dasselbe Verhältniß findet eigentlich auch zwischen den unter II. 4. und III. 1. besprochenen Fällen statt, wo ebenfalls nur Eine der beiden vom Prätor zu gewährenden Rechtshülfen, nemlich Eventual-Ertheilung der B. P.

3. Die von einem libertus eingesetzte filia patroni ist ungewiß, ob sie ex testamento oder ab intestato zur Succession berufen sey, indem das Testament als ein falsum angefochten wird. Sie kann also weder die hereditas antreten, noch die B. P. agnosciren; der über die Aechtheit des Testamentes erhobene Proceß verzögert sich aber, so daß sie seinen Ausgang nicht mehr erlebt.

Fr. 42, § 3. *de bonis libertorum.* (Pap.) Si falsum liberti testamentum ab aliis in provincia dictum, atque ita res per appellationem extracta esset: defuncta medio tempore patroni filia, quam libertus heredem instituerat: filio mulieris servavit Divus Marcus eam partem bonorum, quam filia patroni vel jure intestati, si vixisset, habere potuit. [273])

4. Wenn der Testator ermordet war, so durfte dem SCum Silanianum gemäß sein Testament erst nach beendigter Untersuchung über jenes Verbrechen eröffnet werden. Stirbt unterdessen der zur Succession Berechtigte, so sollen seinen Erben nach vorgängiger causae cognitio die utiles (fictitiae) actiones eingeräumt werden; d. h. sie erhalten durch ein Decret die B. P.

Fr. 3, § 30. *de SCo Silan.* (Ulp.) Eleganter Scaevola ait, ut quis ad heredem suum utiles actiones transmittat, si forte ante aditionem decessit, exploratum esse debere, idcirco eum non adire, quod Senatusconsulto Edictoque terreatur. [274])

5. Der zur Succession Berufene ist in Geschäften des Staates verreiset; sein Bevollmächtigter hat für ihn die B. P.

oder aber restitutio in integrum der Erben, nothwendig erscheint. Julian jedoch, in *Fr.* 5. *de B. P. contra tab. cit.* läßt ausdrücklich Beide alternativ und electiv zu.

[273]) cf. *Fr.* 6, § 1. *eod.*

[274]) cf. §§ *sequu. et Fr.* 4. *eod.*

erbeten, aber ihn selbst ereilt der Tod, bevor er von der angefallenen Erbschaft etwas erfuhr, so daß er also die für ihn geschehene Agnition der B. P. nicht mehr ratihabiren konnte. Auch hier wird seinen Erben (durch eine in integrum restitutio) gestattet, jene Ratihabition im Namen ihres Erblassers nachzuholen, und somit die B. P. zu erwerben.

Fr. 86, *pr. de acquir. l. omitt. hered.* (Pap.) Pannonius Avitus, cum in Cilicia procuraret, heres institutus, ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret: quia bonorum possessionem, quam procurator ejus petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant: quae stricto jure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obisset. Divum tamen Pium contra constituisse, Maecianus libro Quaestionum refert: in eo, qui legationis causa Romae erat, et filium, *cui* matris *delata bonorum possessio fuit*, amiserat, sine respectu ejus distinctionis [275]) restitutionem locum habere. [276]) Quod et hic humanitatis gratia optinendum est.

Eben so wird umgekehrt, wie aus dieser Stelle und aus *Fr.* 30. *pr. eod.* erhellt, dem reipublicae causa absens selber Restitution ertheilt, wenn während seiner Entfernung einer persona juri ipsius subjecta eine Erbschaft deferirt, jene Person aber gestorben war, bevor sie auf seinen Befehl antreten, oder die B. P. agnosciren konnte.

[275]) nemlich, ob schon ein Anderer in seinem Namen die B. P. provisorisch erbeten habe, oder nicht.

[276]) Statt der cursiv gedruckten Worte hat die Florentina: qui und delatam possessionem, was gar keinen Sinn giebt. Nicht von dem Tode des Vaters, sondern von dem des Sohnes kann nur die Rede seyn; denn der Tod des Vaters würde dem Sohne ja erst recht freie Hand geben, die ihm angefallene B. P. seiner Mutter zu agnosciren. Alle Herausgeber haben an der Stelle geändert; aber, wie mir scheint,

IV. Abgesehen von allen bisher entwickelten Fällen, in welchen die causae cognitio und das Decret entweder durch Statuirung specieller Abweichungen vom gemeinen Rechte, oder durch Rücksicht auf besondere Classen von Personen bedingt wurden, machte die Beschaffenheit des Edictes selbst die Bitte um Ertheilung der B. P. durch ein Decret in gar vielen und verschiedenartigen Verhältnissen theils durchaus nothwendig, theils wenigstens sehr räthlich.

Es waren nemlich manche Artikel des Edictes, und namentlich Einige von Denen, welche die dem jus civile derogirenden ordines betrafen, nicht so umsichtig und erschöpfend abgefaßt, daß sie alle Fälle direct entschieden und jeden Zweifel entfernt hätten. Dies liegt theils in der Natur der Sache, theils sagen es uns die alten Juristen selber mit dürren Worten; z. B. Africanus in *Fr.* 14, *pr. de B. P. contra tab.* — quamvis verbis Edicti parum expressum sit, — Julian in *Fr.* 6. *de legatis praest. contra tab.* Saepe animadverti, hanc partem Edicti ...... habere nonnullas repraehensiones, und Scävola in *Fr.* 10. *de collat.* — et ita Edictum se habet: sed magis sentio, ut etc. Die Doctrin erst füllte allmälig die Lücken aus, und entschied über etwanige Ungewißheiten. In solchen Fällen mußte es für den zur B. P. Berufenen meistens gefährlich seyn, die simple Agnition de plano anzuwenden, und dann sein Recht durch Anstellung des Interdictes Quorum bonorum geltend zu machen; denn der Judex durfte sich immer nur an die Vorschrift der

ohne glücklichen Erfolg. Ich verwandle nur 1) q in c, 2) m in B. und 3) nem in fuit. Für diese Conjectur spricht nun auch evident die Parallelstelle *Fr.* 30, *pr. eod.* (Ulp.) Cum quidam legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset jubere adire in provincia agentem, Divus Pius rescripsit consulibus, subvenire ei oportere *(eos)*, mortuo filio: eo quod reipublicae causa aberat.

Formel und an den Buchstaben des Edictes binden. Weit zweckmäßiger war es dann, dem Prätor selber den Fall vorzutragen, und ihn zu bitten, daß er in eigner Person die Verhältnisse prüfen und danächst, also auch nach Vernehmung der Gegenpartei, durch ein Decret ordnen möge, d. h., daß er die B. P. per decretum ertheile. [277]) Daß es in der Wahl des Rechtsuchenden gestanden habe, welchen von beiden Wegen er einschlagen wolle, ohne daß für einzelne, bestimmte Fälle die simple Agnition, für Andere die Bitte um causae cognitio und Decret, speciell und ausschließend vorgeschrieben gewesen wäre, ist schon an sich mehr als wahrscheinlich; wir können es aber noch um so gewisser annehmen, weil uns in den Pandekten öfter ganz dieselben factischen Verhältnisse entgegen treten, und dabei einmal gesagt wird, die B. P. werde in solchem Falle durch ein Decret gegeben, ein anderes mal aber wieder des Decretes gar keine Erwähnung geschieht, und bloß von Agnition die Rede ist.

Ferner konnten bisweilen zwischen den drei ersten ordines Collisionen entstehen, welche, wenn man strenge nach der Vorschrift des Edictes verfahren wäre, zu den größten Unbilligkeiten Anlaß gegeben hätten; oder endlich, es war die B. P. in einem ordo agnoscirt worden, in welchem sie, wie sich nachher zeigte, entweder gar nicht deferirt gewesen war, oder doch späterhin alle Wirkung verloren hatte, während sie, in einem andern ordo erbeten, derselben Person zum Erwerbe der Verlassenschaft hätte verhelfen können, und nun stand in Frage, ob und auf welche Weise jener Uebelstand aus dem Wege zu schaffen oder doch unschädlich zu machen sey. Auch in solchen Fällen entschied der Prätor

[277]) v. Löhr bezeichnet diese Fälle mit den Worten: „Wenn „jemand nach dem Geiste, und nicht nach den Worten des Edictes zur „B. P. berufen ist.“ Vgl. Grolman's Magazin. Bd 2, *pag.* 440—443.

unmittelbar selber, und verlieh demnach mitunter durch sein Decret einem späteren ordo den Rang und die Wirkung eines Bevorzugteren, oder gewährte der in einem falschen ordo erbetenen B. P. die Geltung, welche ihr zukam, wenn sie an der gebührenden Stelle agnoscirt worden wäre.

Einige Beispiele mögen das Gesagte erläutern; doch wird es meistens genügen, wenn ich die betreffenden Stellen ohne weitere Exposition der einzelnen Fälle hier mittheile.

1. Fälle, in denen es nach dem Buchstaben des Edicts zweifelhaft scheinen konnte, ob die B. P. überall deferirt sey.

Fr. 6. *Si tab. nullae extab. unde lib.* (Ulp.) Si pater filium emancipaverit, nepotem retinuerit, deinde filius decesserit: et rei aequitas, et causa edicti, quo de bonorum possessione liberis danda cavetur, efficit ut ejus ratio habeatur, et bonorum possessio intestati patris detur: etc.

Ulpian sagt hier gar nichts von der Nothwendigkeit eines Decretes, und eben so wenig Pomponius, der in *Fr.* 5, § 1. *eod.* denselben Fall vorträgt, wogegen Modestinus in folgender Stelle ausdrücklich der Ertheilung der B. P. durch ein Decret Erwähnung thut.

Fr. 4. *de conjung. cum emancip. lib.* Emancipato quis filio retinuit ex eo nepotes in potestate: filius emancipatus susceptis postea liberis decessit. Placuit in avi potestate manentes, simul cum his, qui post emancipationem nati sunt, decreto bonorum possessionem accipere.

Ferner zwei andere Beispiele in:

Fr. 14, § 1. *de B. P. contra tab.* (Africanus.) Filius in adoptiva familia, uxore ducta, filium sustulit, eumque post mortem patris adoptivi emancipavit:

hunc nepotem contra tabulas avi naturalis decreto posse petere bonorum possessionem, respondit. Item si filius emancipatus, sublato filio et emancipato, adrogandum se dederit, et mortuo adoptivo patre decesserit: et contra patris et contra avi tabulas ex decreto hunc admitti, minime dubitari debere: ne alioquin ab omnium bonis excluderetur.

Des ersten Falles gedenkt auch Paulus, in *Fr.* 6, § 4. *eod.* und des Zweiten Ulpian, in *Fr.* 3, § 9. und in *Fr.* 17. *eod.*; aber Beide übergehen das etwanige Erforderniß eines Decretes.

2. Fälle, wo der in dem einen ordo agnoscirten B. P. die Geltung der in einem andern ordo zu Erbittenden bewilligt wird.

Ein emancipirter Sohn, der unter einer casuellen Bedingung instituirt war, hatte die B. P. secundum tabulas agnoscirt, nachher deficirte die Bedingung, und die B. P. secundum tabulas mußte also erlöschen. Die contra tabulas konnte der Emancipatus natürlich nicht mehr erbitten; denn durch Agnition der secundum tabulas hatte er eo ipso auf Jene verzichtet. Der Strenge nach hätte also die Erbportion, auf welche ihm die B. P. ertheilt war, den übrigen bonorum possessores secundum tabulas accresciren müßen, oder es ward den Substituirten die B. P. secundum tabulas eröffnet; allein hier schritt der Prätor ein, und aus Gründen der Billigkeit schützte er den emancipirten Sohn bei der erbetenen B. P. secundum tabulas ganz eben so, als wenn Dieser die contra tabulas erhalten hätte. Ohne solchen Schutz wäre Derselbe aller Successionsrechte beraubt gewesen. Ein filius suus in gleichem Verhältnisse bedurfte zwar der tuitio praetoris nicht nothwendig; denn durch das Deficiren der conditio wurde das Testament seines Vaters

nichtig, und er konnte also jure civili ab intestato succediren und danächst den bonorum possessores secundum tabulas die Verlassenschaft evinciren; indessen wurde doch auch ihm jener dem Emancipatus nothwendige prätorische Schutz nicht verweigert. Dieser Fall ist in zwei Stellen der Digesten erörtert. [278])

Fr. 3, § 13. *de B. P. contra tab.* (Ulp.) Si sub ea condicione filius emancipatus heres sit institutus, quae in ipsius potestate non est: quia scriptus heres est, bonorum possessionem secundum tabulas accipere potest, et debet, nec contra tabulas potest: et si forte defecerit condicio, tuendus erit a Praetore in tantum, quantum ferret, si contra tabulas bonorum possessionem accepisset.

Fr. 2, § 1. *de B. P. sec. tab.* (Ulp.) Si sub condicione heres institutus filius sit, Julianus peraeque putavit, secundum tabulas competere ei, quasi scripto, bonorum possessionem, qualis qualis condicio sit, etiam si haec: Si navis ex Asia venerit, et quamvis defecerit condicio, Praetor tamen filium, qui admiserit

[278]) Hier ward also der secundum tabulas B. P. die Geltung der contra tabulas beigelegt. Umgekehrt berichten Ulpian und Paulus einen Fall, wo die contra tabulas B. P. auf die Befugnisse der secundum tabulas beschränkt wird. *Fr.* 14, *pr. de legat. praest. contra tab.* (Ulp.) Nonnumquam contra tabulas bonorum possessionem quis habet jure secundum tabulas bonorum possessionis: utputa heres institutus est emancipatus filius, alius emancipatus praeteritus: institutus accepit contra tabulas bonorum possessionem, praeteritus omisit: apertissimum est, ut cogatur omnibus perinde legata praestare, atque si commissum Edictum non fuisset: nec enim occasio emancipati praeteriti debet institutum lucro adficere, cum praeteritus jure suo non utatur. Eben so Paulus, in *Fr.* 15, § 1. *eod.* Vgl. auch Papinian in *Fr.* 17. *de injusto etc.* — Alle drei Stellen beziehen sich aber lediglich auf die Verpflichtung zur Prästation der Vermächtnisse, keineswegs jedoch, wie Francke irrthümlich meint, (Das Recht der Notherben 2c. *pag.* 139 f.) auf den Bestand der Erbeseinsetzungen von extraneae personae. Hierüber spricht sich derselbe Ulpian in *Fr.* 8, § 14. *de B. P. contra tab.* auf das unzweideutigste aus.

secundum tabulas, tueri debebit, ac si contra tabulas acceperit: quae tuitio ei, qui emancipatus est, necessaria est.

Ferner, die irrthümlich im ordo: unde liberi agnoscirte B. P. wird als eine contra tabulas Gegebene fingirt.

Fr. 5, *pr. de dotis collat.* (Pap.) Filius emancipatus, qui possessionem contra tabulas accipere potuit, intestati patris possessionem accepit: atque ita filia, quae mansit in potestate, cum ejusdem familiae fratre heres instituta, possessionem intestati patris, errorem fratris emancipati secuta, accepit: dotem scripto fratri conferre non cogetur: cum ea possessio frustra petita sit, et filia *patris* [279]) voluntatem fini virilis partis retineat, id est, ut omnes trientes habeant, et bonorum possessio unde liberi fingatur pro contra tabulas esse petita. [280])

Hier ist zwar das unmittelbare Einschreiten des Prätors nicht besonders hervorgehoben; es manifestirt sich aber schon in dem Worte: fingatur. Ein Judex war nicht befugt, Fictionen aufzustellen; vielmehr konnten Diese nur vom Magistrate selber ausgehen, und mußten in einem Decrete oder in einer formula zur Anwendung gebracht werden.

[279]) Die Florentina und Hal. haben: fratris; indessen die Lesart anderer Mss., die ich aufgenommen habe, ist wohl unbedingt die Richtige.

[280]) Also die B. P. unde liberi des emancipatus praeteritus erhält die Geltung der contra tabulas. Ob bei der Schwester dasselbe eintrete, oder ob sie nur als instituirte Civilerbin der tuitio praetoris genieße, ist nicht deutlich gesagt. Ich möchte mich aber für die zweite Alternative entscheiden, und zwar einmal, weil jene Fiction eine außerordentliche Rechtshülfe ist, deren die Schwester nicht bedarf; dann, weil Papinian sagt, sie brauche ihrem Bruder, dem filius suus scriptus, nicht zu conferiren, wozu sie doch, wenn sie als contra tabulas bonorum possessor zu betrachten wäre, nach *Fr.* 10. *de collatione* wohl verpflichtet seyn würde; und endlich weil Ulpian in einem ganz ähnlichen Falle (*Fr.* 23. *si quis omissa causa test.*) ausdrücklich sagt: nec filia dotem suam fratri conferet, cum ut scripta videatur hereditatem habere.

3. Collisionen zwischen den drei ersten ordines bonorum possessionis durch ein Decret des Prätors geschlichtet.

Zuerst ist hier der in *Fr.* 1, § 9. *unde liberi.* und *Fr.* 32. *de liberis et postumis.* vorgetragene höchst wichtige Fall zu erwähnen, wo die contra tabulas und die unde liberi B. P. in einer und derselben Verlassenschaft neben einander vorkommen. Da die Interpretation dieser Stellen aber eine etwas umständliche Auseinandersetzung erfordert, so habe ich es für angemessen erachtet, ihnen einen besondern Excurs zu widmen, welcher gegenwärtiger Abhandlung angehängt ist.

Daneben treten uns die zahlreichen Beispiele entgegen, wo die Institutionen der parentes und liberi gegen die contra tabulas B. P. des Präterirten in Schutz genommen werden. [281]) Wenn das Testament, gegen welches die contra tabulas B. P. angewandt wird, nach Civilrecht gültig ist, so haben freilich die eingesetzten exceptae personae nicht nöthig, von der secundum tabulas B. P. Gebrauch zu machen, da sie die hereditas durch Antretung civilrechtlich erwerben können; umgekehrt verhält es sich aber, sobald das Testament vor dem jus civile nicht zu Recht bestehen mag. Alsdann ist für die instituirten parentes die secundum tabulas B. P. der einzige Weg um zur Succession zu gelangen, [282]) wogegen den eingesetzten liberi, falls sie nicht zugleich heredes ab intestato werden können und sich hierauf beschränken wollen, (cf, *Fr.* 17. *de injusto.)* die Wahl zwischen der secundum und der contra tabulas B. P.

[281]) Siehe oben, *pag.* 97. unter Nr. 1. ferner *pag.* 103. Note 136. und *pag.* 106. Note 141.

[282]) Freilich darf die civilrechtliche Ungültigkeit nicht grade aus der Präterition eines suus heres, jam natus, vel posthumus, entspringen; denn in solchem Falle, sobald der präterirte suus heres die hereditas acquirirt, stürzen die Institutionen der parentes ganz und gar über den Haufen. Siehe oben, *pag.* 100—104.

bleibt. Immer aber wird die secundum tabulas erbetene B. P. der begünstigten Personen usque ad virilem portionem (fini virilis partis) geschützt, so daß in einer und derselben Verlassenschaft die contra und die secundum tabulas B. P. concurriren. [283])

Fr. 14, *pr. de B. P. contra tab.* (Africanus.) Si duobus filiis emancipatis, alter heres institutus sit, alter praeteritus: si institutus adierit, quamvis verbis Edicti parum expressum sit, tamen, non posse eum petere bonorum possessionem, respondit: quia judicium patris secutus sit: .... Sed illud observandum, ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset: ut hactenus deteriorem causam suam fecerit, quod, si ex minore parte sit institutus, eam dumtaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. [284])

Man sieht hier aber recht deutlich, wie vortheilhaft es den instituirten Erben meistens seyn mußte, in solchem Falle, (commisso per alium edicto,) nicht die secundum tabulas, sondern die contra tabulas B. P. zu agnosciren. [285]) Sobald sie indessen Letztere verschmähen, wird auch immer der tuitio praetoris gedacht, und dieses tueri, obwohl mitunter die Gewährung oder Verweigerung von Klagen zu

[283]) Es ist sogar möglich, daß von drei Erb-Competenten Einer die contra tabulas, der Zweite die secundum tabulas, und der Dritte die unde liberi B. P., und zwar Jeder auf ein Drittheil des Nachlasses, cum re erhält.

Auch wenn der Präterirte nicht Sohn, sondern Tochter oder Enkelinn des Testators war, mußte die contra mit der secundum tabulas B. P. concurriren. (Siehe oben, *pag.* 98. und 175—177.) Nur steht dahin, ob hiebei auch causae cognitio und Decret erfordert wurde.

[284]) Vgl. Cujacius, *ad Africanum, Tractat.* 4. *ad l. cit.*

[285]) cf. *Fr.* 8, § 14. *eod. Fr.* 15, § 1. und 2. *Fr.* 16. und *Fr.* 25, § 1. und 2. *de legatis praest. contra tab.*

Gunsten des scriptus heres darunter zu verstehen ist, kann, eben so wie die in den vorher mitgetheilten Stellen vorkommenden Ausdrücke: succurrere und subvenire, meistens nur auf die per decretum erfolgende Ertheilung der B. P. selber gedeutet werden.

Wie häufig überhaupt der Prätor in Fällen der contra tabulas agnoscirten B. P. selbthätig eingreifen und die Rechtsverhältnisse ordnen mußte, selbst wenn nur die Prästation der Vermächtnisse an die exceptae personae in Frage stand, sehen wir aus *Fr.* 6. *de legatis praest. contra tab.*, wo Julian bei Erörterung eines schwierigen Falles sich ganz kurz damit hilft, daß er sagt: decreto itaque ista temperari debebunt.

So viel über die B. P. decreto data.

Trotz des weiten Gebietes ihrer Anwendung ist dennoch, wenigstens für die Zeit Hadrian's und späterhin, [286]) der Erwerb der B. P. durch simple Agnition, wo dann die etwanigen verschiedenen Prätendenten ihre Ansprüche im Wege des Interdictenprocesses gegen einander ausfechten mußten, als der Regelmäßige anzusehen.

Fassen wir nun das Verhältniß des Interdictes (Quorum bonorum) zur hereditatis petitio in's Auge, so läßt sich nicht verkennen, daß Dasselbe gewissermaßen ein Aehnliches, wie das zwischen den Interdicten Uti possidetis oder Utrubi und der rei vindicatio Bestehende, gewesen sey. Auch bei der specialis in rem actio waren die manus in jure consertae und die Vindicien-Ertheilung durch den Prätor, außer wenn per legis actionem procedirt wurde, weg-

[286]) Wahrscheinlich ist mir allerdings, daß in älterer Zeit, besonders unmittelbar nach Einführung neuer ordines, (zuerst der supplendi, und späterhin der impugnandi juris civilis gratia Statuirten,) die Ertheilung der B. P. aus Denselben regelmäßig per decretum geschehen sey, bis sich erst die Praxis allmälig festgestellt haben mochte.

gefallen. Dagegen konnten die genannten beiden Interdicte in vielen Fällen als Surrogat dieses Jurisdictionsactes dienen, indem es häufig in der Wahl des Klägers stand, ob er erst mit einem jener Interdicte sein Heil versuchen, oder, unter Verzichtleistung auf seine eignen etwanigen Besitzrechte, den Gegner als possessor anerkennen und mit der Vindication belangen wollte.[287]) Hatte er den ersten Weg eingeschlagen, so präjudicirte die im judicium interdicti gefällte sententia absolutoria seiner Eigenthumsklage durchaus nicht, denn beide Klagen hatten ganz verschiedene Objecte, dort die possessio, hier das dominium. Eben so ist es nun auch mit dem interdictum Quorum bonorum und der hereditatis petitio. Jenes hat die B. P., Diese die hereditas zum Gegenstande; und demnach konnte das im ersten Processe gesprochene absolutorische Urtheil für den Beklagten durchaus nicht die exceptio rei judicatae gegen die zweite Klage begründen, so wenig wie umgekehrt eine Condemnation ihm selber die hereditatis petitio abschnitt.[288])

[287]) Vgl. *Fr.* 1, § 2. *Uti possidetis.* (Ulp.) Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit: alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. §. 3. Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat: tunc, si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur. Man könnte diese Stelle mit völligem Rechte folgendermaßen parodiren: Separata esse debet B. P. ab hereditate: fieri etenim potest, ut alter bonorum possessor sit, heres non sit, etc. — Inter litigatores ergo quotiens est de hereditate controversia, aut convenit inter ipsos, uter bonorum possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, etc. — Sed si inter ipsos contendatur de bonorum possessione, quia alteruter sibi magis bonorum possessionem acquisitam affirmat: tunc ad interdictum Quorum bonorum remittentur.

[288]) Der im judicium interdicti gefällten Sentenz steht nach dem Vorigen *pag.* 173 f. das decretum, durch welches der Prätor causa cognita die B. P. ertheilt, völlig gleich.

Wir dürfen indessen die Aehnlichkeit der Interdicte Quorum bonorum und Uti possidetis nicht zu weit verfolgen; denn in gar vielen und wichtigen Fällen konnte die hereditatis petitio auf den Interdicten-Proceß überall nicht mehr folgen. Nur der heres nemlich hat die hereditatis petitio, nicht aber der bloß prätorische Erbe; in Bezug auf Letzteren ist also durch das im judicium interdicti gegen ihn gesprochene Urtheil die Sache für immer abgemacht, und seine Ansprüche sind definitiv aberkannt. Allein auch dem heres selber wird die hereditatis petitio, — theilweise, oder ganz und gar, je nachdem er mit zu den liberi und parentes des Erblassers gehört, oder nicht, — jedesmal verweigert, sobald sein Gegner die B. P. contra tabulas oder unde liberi empfangen hat und in judicio interdicti der potior ist; und ferner: wenn ihm gegen den bonorum possessor secundum tabulas die Civilklage auch stets gewährt werden muß, so wird Diese doch auch hier durch eine dem Beklagten bewilligte exceptio doli gar oft unnütz und wirkungslos gemacht.

Wird diese Ansicht der Sache gebilligt, so erledigt sich zugleich ganz einfach die berühmte Streitfrage, ob das interdictum Quorum bonorum ein summarisches und provisorisches Rechtsmittel sey. Wir müssen Dieselbe im allgemeinen unbedingt verneinen; denn das im Interdicten-Processe gefällte Urtheil entscheidet immer definitiv über das vom Kläger behauptete Recht auf die B. P.. Allein in so weit die B. P. selber nur ein provisorisches Recht an dem streitigen Nachlasse gewährt, also in allen Fällen, wo sie zur B. P. sine re werden kann, erkämpft der mit dem Interdicte siegende Kläger oder der absolvirte Beklagte, kein anderes, besseres und umfangreicheres Recht, als Das, welches eben den Inhalt der B. P. ausmacht, und nimmer kann ein in

diesem Processe gesprochenes Urtheil auf directe Weise feststellen, daß Derselbe die streitige Verlassenschaft unwiderruflich behalten dürfe.

Ich habe bei der Behauptung, daß das judicium interdicti definitiv über die Berechtigung zur B. P. entscheide, der s. g. possessoria hereditatis petitio absichtlich keine Erwähnung gethan, obwohl, unter Voraussetzung ihrer Existenz, allerdings auch ihr Verhältniß zum Interdicte mit in die Untersuchung hätte gezogen werden müßen. Schon früher nemlich [289]) habe ich meine Ueberzeugung ausgesprochen und zu begründen versucht, daß diese todtgeborne Klage mitsammt ihrem monströsen Namen Nichts als eine Erfindung Justinian's und seiner Gehülfen sey, welche diesen Wechselbalg, statt der in der Compilation unterschlagenen fictitiae actiones des bonorum possessor, in das Römische Recht eingeschwärzt haben; und diese Ueberzeugung hat sich während der fast sechsjährigen Untersuchungen, deren Frucht gegenwärtige Abhandlung ist, immer mehr bei mir befestigt. Ich weiß im classischen Rechte nicht nur nicht das geringste Bedürfniß zur Einführung einer solchen Klage, sondern sogar nicht einmal einen Platz für sie im Systeme ausfindig zu machen. Das Irrige und Verfehlte der gewöhnlichen Meinung, welche die possessoria hereditatis petitio zum Interdicte in das Verhältniß des Petitorium zum Possessorium stellt, hat mein hochverehrter Lehrer v. Savigny auf das überzeugendste dargethan. [290]) Daneben glaube ich

[289]) Vgl. Rhein. Museum f. Jurisprudenz. Bd. 4. *pag.* 178 — 180. und 209 — 211.

[290]) Siehe: Ztschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. 5. *pag.* 1 — 25. und Bd. 6. *pag.* 229 — 272. — v. Savigny spricht ausdrücklich, so weit das classische Recht in Frage steht, nur von dem Interdicte und der possessoria H. P. (Vgl. l. c. Bd. 5. *pag.* 2 f. und 18 ff.) Darum treffen denn auch die gegen ihn gerichteten scharfen Pfeile des Herrn Professor Francke (Das Recht der Notherben. *pag.* 98 ff.)

bisher schon selbst, und sogar mit Beifall des Herrn Recensenten in der Hallischen Litteratur-Zeitung, Das wenigstens nachgewiesen zu haben, daß das Interdict, besonders seit seiner neuesten Redaction unter Hadrian, in Hinsicht seines materiellen Umfanges alle Objecte ergreife, welche nur irgend Gegenstand der hereditatis petitio seyn können. Ein dritter irgend vernünftiger Zweck läßt sich aber in keiner Weise absehen, besonders da der Interdictsproceß, mit der freigestellten Wahl zwischen der arbitraria formula und der sponsio, [291]) auch schon eine durchaus hinlängliche Mannigfaltigkeit des Verfahrens darbot; und so würde die Einführung der possessoria hereditatis petitio jedenfalls etwas durchaus Nutzloses und Müßiges gewesen seyn, was in die Harmonie des alten Actionen-Systems nur störend hätte eingreifen können. Beiläufig erlaube ich mir noch folgendes Argument für meine Ansicht den bereits früher Entwickelten hinzuzufügen. In *Fr.* 3, § 13. *de Carbon. edicto.* [292]) verweigert Julian dem Carbonianus bonorum possessor die hereditatis petitio. Daß sich Solches in seinem Munde nur auf die civilis actio beziehen könne,

schnurgrade neben dem Ziele vorbei. Daß der große Meister den Unterschied zwischen B. P. cum re und sine re wohl einigermaßen kenne, darf ich dem Herrn Professor bestimmt versichern; allein hier war keine Veranlassung ihn zu erörtern, da einmal nur von dem Verhältnisse zwischen dem Interdicte und der possessoria H. P. im alten Actionen-Systeme, dann aber ferner vom heutigen Rechte die Rede seyn sollte, in welchem eben hereditas und B. P. in eine formlose Masse unorganisch zusammengeworfen sind. Ich frage, ob jetzt wohl irgend noch ein Kläger auftritt und sagt: „Ob ich zur hereditas „berufen bin, lasse ich dahin gestellt; aber die B. P. habe ich dem „Edicte gemäß erworben, und Diese will ich jetzt mit dem Interdicte „geltend machen."? Weiset Herr Professor Francke eine solche Praxis nach, so will ich ihm in der Sache gerne Recht geben; über die Form seines Angriffes ist es jedenfalls besser, zu schweigen.

[291]) Diese beiden Proceßformen laufen dem verschiedenartigen Verfahren bei der Vindication (und H. P.) per formulam petitoriam und per sponsionem völlig parallel.

[292]) Siehe oben *pag.* 181—184. wo sowohl die Stelle selbst, als deren Interpretation zu finden ist.

erhellt schon aus dem Umstande, daß zu seiner Zeit wenigstens, als worüber wohl Alle einig sind, eine Andere noch nicht existirte.[293]) Zugleich ist oben nachgewiesen, daß und weshalb die hereditatis petitio grade in ihrer Eigenschaft als Civil-Klage verweigert werden mußte. Nehmen wir das Daseyn der possessoria H. P. an, so hätte der Carbonianus bonorum possessor Diese gewiß eben so gut, als das Interdict und die fictitiae actiones gebrauchen dürfen. Wenn nun zu Ulpian's Zeit jene monströse Klage wirklich eingeführt gewesen wäre, hätte dieser Jurist, indem er Julian's Ausspruch mittheilt und billigt, um Mißverständnissen vorzubeugen nicht nothwendig hinzusetzen müßen: das Gesagte beziehe sich nur auf die civilis, nicht auch auf die possessoria H. P., und gegen Letztere werde die Exception nicht ertheilt.?

Sehen wir jetzt, bei dem Schlusse unserer Untersuchung angelangt, noch einmal auf den Punkt zurück, von welchem wir ausgingen, auf den Ursprung der bonorum possessio. Dieselbe war eingeführt, um bei streitigen Erbschaftsfällen vorläufig das Kläger- und Beklagten-Verhältniß festzustellen, und Denjenigen, der auf den ersten Anblick die größere Wahrscheinlichkeit des Rechts für sich hätte, schleunig in den einstweiligen Besitz der Verlassenschaft zu setzen. Bei seiner allmäligen Entwickelung und Ausbildung war dieses Institut aber zur Erreichung so mancher anderer Zwecke benutzt, daß jener anfängliche Zweck nicht nur immer mehr in den Hintergrund treten mußte, sondern auch, wegen der so complicirt gewordenen Verhältnisse und der wachsenden processualischen Weitläuftigkeiten, nur in seltenern Ausnahmsfällen [294])

[293]) Vgl. v. Savigny. *l. c.* Bd. 5. *pag.* 18. Note 24.

[294]) Wenn nemlich die B. P. bei Gelegenheit der legis actio Sacramento, oder auch sonst, durch ein pro tribunali erlassenes Decret

noch erreicht werden konnte. In frühester Zeit war das Interdict Quorum bonorum vermuthlich ein reines Executiv-Mittel, [295]) zwischen welchem und der unmittelbaren Einweisung in den Besitz durch die Diener des Prätor der zum bonorum possessor Constituirte wählen konnte; jetzt ward Dasselbe hauptsächlich dazu angewandt, um die Streitfrage, wem unter mehreren Prätendenten die B. P. gültig erworben sey, zur Entscheidung des Judex zu verstellen, und da konnte der Proceß, besonders seit mancherlei Exceptionen gegen das Interdict zugelassen wurden, [296]) oft lange Zeit dauern, während welcher es ganz unentschieden blieb, wer unter den Streitenden einstweilen zur Repräsentation des Erblassers berechtigt sey. Diese Ungewißheit hatte aber gar manche Unbequemlichkeiten, und zwar nicht nur für die Parteien selber, sondern auch hauptsächlich für die Gläubiger des Verstorbenen, und, seit Einführung der vicesima hereditatum, auch für den Fiscus hinsichtlich der Erbschaftssteuer.

Bei Erbschaftsstreitigkeiten kann ein Provisorium weit weniger entbehrt werden, als bei jedem andern Processe über Eigenthum; theils weil, ohne ein solches interimistisches Einschreiten des Richters, lediglich der zufällige Umstand der Prävention über den Besitz während der Dauer des Streites entscheiden würde, theils wegen der nothwendigen Regulirung der Schuldverhältnisse des Nachlasses. Um ein

des Prätor gegeben war, so wird dieses Decret, wie oben, *pag.* 173 f. erörtert ist, zugleich die Kraft einer missio in possessionem gehabt haben.

[295]) Ich vermuthe nemlich, daß die ursprüngliche Fassung des Interdictes also lautete: Quorum bonorum illi ex decreto meo possessio data est, etc. Dem gemäß hatte denn der Kläger, sobald der Beklagte den Besitz nicht abläugnete, Nichts weiter zu beweisen, als daß er das Decret producirte; und auf dieses hin mußte der Judex condemniren. Erst seit Einführung der supplendi juris civilis gratia statuirten ordines, als nunmehr auch de plano die B. P. ertheilt wurde, dürften die Worte: ex decreto meo, gegen die Anderen: ex edicto meo, vertauscht seyn.

[296]) Siehe oben, *pag.* 73 ff. und 142 ff.

solches Provisorium regelmäßig zu vermitteln, war das Institut der B. P. zuerst in's Leben gerufen; jetzt war es zur Erreichung dieses Zweckes viel zu schwerfällig geworden, und demnach mußte ein neues Rechtsmittel hiefür geschaffen werden. Wie man nun im Mittelalter auf das interdictum Uti possidetis das Summariissimum oben auf pfropfte, so schuf bereits Hadrian etwas ganz Aehnliches in Bezug auf die B. P. Dieser Kaiser nemlich verordnete durch ein Edict, [297]) welches hauptsächlich auf die schnellere Beitreibung der vicesima hereditatum berechnet war, und zugleich die Fristen und Förmlichkeiten für die Eröffnung der Testamente vorschrieb, daß der scriptus heres auf sein Verlangen sogleich eine missio in possessionem hereditatis erhalten solle. Diese Verordnung ruhete ganz auf demselben Grundsatze, aus welchem die B. P. selber hervorgegangen war; denn eben, wie der Prätor ursprünglich eigentlich weiter Nichts edicirt hatte, als daß bei Processen über die hereditas dem Instituirten vor dem Intestaterben der einstweilige Besitz des Nachlasses eingeräumt werden solle, sobald nur das Testament seiner äußeren Form nach gültig scheine, so zog auch jetzt wieder der Kaiser, in Bezug auf die missio in possessionem, den scriptus heres allen Intestaterben und sogar den contra tabulas bonorum possessores vor. [298])

[297]) Daß Hadrian wirklich dieses Rechtsmittel zuerst eingeführt habe, ersehen wir weniger aus *tit. C. de edicto D. Hadriani tollendo etc.*, als aus *c. 26. Cod. Theod. Quorum appellationes non recipiantur.* XI. 36. (Gratianus. etc.) Quisquis, ne voluntas diem functi testamento scripta reseretur, vel ne hi, quos scriptos patuerit, heredes edicti per D. Hadrianum conditi beneficium consequantur, ausus fuerit provocare, etc.

[298]) Pauli. *Sent. recept.* 3, *tit.* 5. § 14. Sive falsum, sive ruptum, sive irritum dicatur esse testamentum, salva eorum disceptatione, scriptus heres jure in possessionem mitti desiderat. § 15. Si inter heredem institutum et substitutum controversia sit, magis placuit eum in possessionem rerum hereditariarum mitti, qui primo loco scriptus est. § 16. Scriptus heres, ut statim in possessionem mittatur, jure desiderat. Hoc post annum desiderare

Der Unterschied zwischen diesem neuen Rechtsmittel und der B. P. bestand nur darin: erstlich, daß Letztere ein weit umfassenderes Recht, die wirkliche juristische possessio der hereditas, als einer universitas juris, gewährte, wogegen die missio in possessionem nur eine simple Detention und Administration des Nachlasses, nimmer aber ein Successionsrecht verschaffen sollte und konnte; [299]) und zweitens, daß neben und hinter dieser missio der ganze Ausbau der bonorum possessio ungekränkt stehen blieb, welches Institut solchemnach eine Zwischenstufe zwischen dem neuen Rechtsmittel und der wirklichen hereditas bildete. [300]) So wird es denn möglich, daß etwa zuvörderst ein scriptus heres die missio in possessionem erlangt, nachher ein Cognat, der die B. P. ab intestato erbeten hat, die Untüchtigkeit des Testamentes zur B. P. secundum tabulas erweiset, und mit dem Interdicte gegen den missus obsiegt, zuletzt

non poterit. § 17. In *(Ex?)* eo testamento, quod nec ut oportuit oblatum, nec publice recitatum est, heres scriptus in possessionem mitti frustra desiderat. § 18. In possessionem earum rerum, quas mortis tempore testator non possedit, heres scriptus, priusquam jure ordinario experiatur, improbe mitti desiderat.

c. 2. *C. de edicto D. Hadr. toll.* (Alexander.) Quamvis quis se filium defuncti praeteritum esse alleget, aut falsum vel inofficiosum testamentum, seu alio vitio subjectum, vel servus defunctus esse dicatur: tamen scriptus heres in possessionem mitti solet.

[299]) Wenn der missus nicht zugleich wirklich heres oder doch bonorum possessor ist, so muß er, selbst in Ermangelung jedes andern zur Universal=Succession Berechtigten, sogar dem Fiscus weichen, welchem der Nachlaß, als bona vacantia, zufällt. Ferner ist der missus, als Solcher, den Gläubigern des defunctus niemals persönlich verhaftet. Nur als Administrator des Nachlasses muß er ihnen Rede stehen; weiter aber, als die vires hereditatis, reicht auch seine Verantwortlichkeit nicht.

[300]) Eben so wie das Edictum Hadriani dem scriptus, gewährt auch das Prätorische Edict dem venter nichts weiter als eine missio in possessionem; (Nach *c.* 2. *C. cit.* steht die missio ventris, bei Collisionsfällen, wohl gegen die missio ex edicto D. Hadriani im Range zurück;) und auch die B. P. furioso data ist im Justinianischen Rechte nichts Anderes. Ueber das ältere Recht in Bezug auf den furiosus siehe oben, *pag.* 165—168.

aber ein Agnat, welcher die Agnition der B. P. versäumt, jedoch die hereditas nach Civilrecht erworben hatte, die hereditatis petitio gegen den Sieger anstellt, und Diesen zum bonorum possessor sine re macht.

Ich will jetzt schließlich die Ergebnisse der ganzen bisherigen Untersuchung für den Zeitraum des classischen Pandektenrechtes kurz zusammen stellen.

Bonorum possessio ist die Jemandem auf sein Ansuchen vom Prätor ertheilte interimistische Befugniß, einen Verstorbenen in allen transmissiblen Rechtsverhältnissen desselben juristisch zu repräsentiren, und zugleich sich in den Besitz aller zum Nachlasse gehörigen corpora zu setzen. [301])

Hat der Prätor diese Befugniß nach vorhergegangener causae cognitio durch sein Decret ertheilt, so ist ein Judicium über die Gültigkeit der gegebenen B. P. nicht weiter zuläßig, falls es nicht etwa besonders vorbehalten worden, wie z. B. bei Ertheilung der Carboniana B. P. geschieht. Dagegen unter mehreren de plano agnoscirten bonorum possessiones ist nur Diejenige als wirklich erworben anzusehen, welche, — vorausgesetzt, daß sie zur rechten Zeit erbeten worden, — entweder gleich anfänglich nach der Rangordnung des Edictes den vorzüglichsten Platz behauptete, oder doch durch Versäumung oder Repudiation der früher Berufenen nunmehr die Erste geworden ist. Ueber die Gültigkeit des behaupteten Erwerbes entscheidet danächst der Judex im Interdicten-Processe, und nur Derjenige ist wirk-

[301]) Bonorum possessio est jus possidendi hereditatem qua talem, ex jure praetorio descendens. Diese Definition, auf die mich der sie verspottende Kanzler Koch (B. P. *pag.* 42.) erst vor kurzem aufmerksam gemacht hat, ist von Waldeck. *(Inst. Juris Civ. Heinecc. III. tit.* 10. § 523.) Schade, daß der Autor seine Definition durchaus nicht zu benutzen gewußt hat.

licher bonorum possessor, der in interdicto Quorum bonorum als potior dasteht.

In der Regel können demnach, in Bezug auf dieselbe Verlassenschaft, nicht mehrere bonorum possessiones in verschiedenen ordines neben einander erbeten und ertheilt werden; jedoch leidet diese Regel einige Ausnahmen, so daß in besondern Fällen sowohl die secundum tabulas B. P. als auch die unde liberi mit der contra tabulas concurriren dürfen. (Siehe oben, *pag*. 195 ff.)

Die in der B. P. enthaltenen Befugnisse können auf zweierlei Weise ein Ende nehmen; und zwar erstlich so, daß die B. P. selber gänzlich erlischt, und es so angesehen wird, als sey sie gleich anfänglich gar nicht ertheilt worden; zweitens aber so, daß der Erwerber zwar dem Namen nach bonorum possessor bleibt, jedoch alle mit der B. P. verknüpften Vortheile und Rechte einem Andern abtreten muß.

Das Erste (data non intelligitur B. P., wie Papinian in *Fr*. 42, § 2. *de bonis libert.* sagt,) findet Statt:

1. wenn die Voraussetzung, unter welcher die B. P. ertheilt ward, sich als eine Unrichtige ausweiset; also:

a. wenn, dilata ex Carboniano decreto status quaestione, der Judex späterhin erkennt, daß der bonorum possessor nicht zu den liberi des Erblassers gehöre;

b. wenn die Bedingung, unter welcher der secundum tabulas bonorum possessor instituirt war, deficirt; und

c. wenn Derjenige, für welchen ein freiwilliger Stellvertreter die B. P. agnoscirt hatte, dieselbe nicht ratihabirt.

2. wenn das Testament, aus welchem die B. P. secundum tabulas ertheilt war, von den Centumvirn als ein Inofficioses rescindirt wird.

In allen diesen Fällen leidet auch die Regel, daß, sobald die B. P. einmal von dem zunächst Eingeladenen zu rechter

Zeit agnoscirt worden, jede weitere Delation ipso jure cessire, eine Ausnahme.

Das Zweite tritt ein, wenn ein Anderer als der bonorum possessor zur hereditas berufen ist, und dieselbe nach Civilrecht erwirbt. Da nemlich die hereditas eben die gesetzliche und beständige, die B. P. aber nur die interimistische Befugniß zur juristischen Repräsentation des Erblassers ist, so muß Letztere der Ersteren weichen, und der bonorum possessor muß alle Vortheile, welche er vermittelst des prätorischen Beneficium erlangt hat, dem heres, sobald Dieser auf angestellte hereditatis petitio als Solcher rechtskräftig anerkannt wird, vollständig restituiren; d. h. seine B. P. ist sine re.

Von dieser Regel giebt es indessen folgende sehr wichtige Ausnahmen: (B. P. juris civilis impugnandi gratia data.)

1. Der bonorum possessor hat die contra tabulas oder die unde liberi B. P. erhalten. Hier wird die hereditatis petitio:

a. dem heres, der auch zu den liberi, oder doch zu den parentes testatoris gehört, höchstens auf eine virilis portio gegen den bonorum possessor ertheilt;

b. jedem andern heres aber, und zwar gegen weibliche liberi, welche die contra tabulas B. P. agnoscirt haben, in partem dimidiam hereditatis, sonst aber immer ganz und gar verweigert.

Dagegen ist der wider die hereditatis petitio in Schutz genommene bonorum possessor mehreren Verpflichtungen und Beschränkungen unterworfen, welche durch die Edicte: de collationibus, de conjungendis cum emancipato liberis, und de legatis praestandis contra tabulas bonorum pos-

sessione petita, so wie auch durch einzelne kaiserliche Rescripte näher bestimmt sind.

2. Der bonorum possessor hat die secundum tabulas B. P. erhalten. Hier wird ihm:

a. wenn das Testament agnatione posthumi rumpirt, der Posthumus aber vor dem Testator wieder gestorben ist, und der heres nicht zu den liberi des Letztern gehört, gegen die hereditatis petitio eines jeden erst hinter ihm zur B. P. berufenen heres, und

b. wenn das Testament bloß wegen Nichtbeobachtung der vom Civilrechte vorgeschriebenen Solennitäten ungültig war, (tabulae testamenti non jure factae,) gegen die Klage, sowohl des heres ab intestato, als auch des heres ex priore testamento jure facto, — in letzterem Falle jedoch nur dann, wenn der bonorum possessor selbst zugleich Derjenige ist, qui ab intestato venire posset, —

eine exceptio doli vom Prätor ertheilt.

In allen den Fällen, wo der bonorum possessor entweder auf die so eben angegebene Weise gegen den heres und dessen Civilklage in Schutz genommen wird, oder wo überhaupt ein heres, der einen civilrechtlichen Anspruch auf die Verlassenschaft erheben könnte oder wollte, nicht vorhanden ist, oder endlich wo der bonorum possessor zugleich selber heres ist, wird die in der B. P. liegende interimistische Befugniß zu einer Bleibenden, und das beneficium praetoris stellt den damit Beliehenen auf immer dem heres praktisch gleich; d. h. seine B. P. ist cum re.

Fragt man endlich nach dem Unterschiede zwischen der von meinem verehrten Lehrer aufgestellten Theorie über das Verhältniß der B. P. zur hereditas, und der hier Entwickelten, so ist es folgender:

Nach Hugo genießt die Erbfolge-Ordnung des Edicts an und für sich den Vorrang vor der des Civilrechts; nach meiner Ansicht dagegen findet, was das Princip anlangt, das umgekehrte Verhältniß Statt; die hereditas geht im allgemeinen der B. P. vor, und diejenigen Fälle, in welchen der heres wirklich dem bonorum possessor nachstehen muß, sind nur als ein jus singulare, als Ausnahmen von der Regel zu betrachten, die auf bestimmte positive Anordnungen der Legislation sich zurückführen lassen, so wie denn auch die Bevorziehung des bonorum possessor hier immer durch besondere dem alten Actionenrecht angehörende Maßregeln, (Klagenverweigerung und Ertheilung von Exceptionen,) bewerkstelliget wird.

Sehen wir dagegen aber nicht auf das Princip, sondern nur auf das praktische Resultat dieser Theorien, so laufen Beide größtentheils auf ein und dasselbe Ziel hinaus, und nur in Betreff der oben, *pag*. 136. aufgezählten Fälle der secundum tabulas B. P. ergiebt sich eine Verschiedenheit, indem nach Hugo's Princip sogar in diesen Fällen die B. P. cum re seyn würde, nach dem Meinigen aber der bonorum possessor jedem auch erst hinter ihm im Edicte berufenen heres nothwendig weichen muß.

Bemerkungen

zu

Fr. 1, § 9. Si tabulae testam. null. extab. unde liberi.

und

Fr. 32. de liberis et postum. hered. instit. l. exhered.

In § 15 seiner Inaugural-Dissertation zählt mein verehrter Lehrer Hugo die Vortheile auf, welche dem Civil-Erben daraus erwachsen, daß er die ihm deferirte B. P. agnoscire, und der Herr Verfasser sagt daselbst, mit Berufung auf die in der Ueberschrift namhaft gemachten beiden Stellen der Digesten, Folgendes:

Is, qui in potestate fuit praeteritus, emancipato exherede scripto, tunc demum huic partem hereditatis dimidiam reliquisse videtur, adita a scripto herede hereditate, cum ipse suus non petendo contra tabulas b. possessionem, sed adeundo vel se immiscendo locum fecerit b. possessioni unde liberi, agnoscendae ab illo, qui exheredatus ad b. possessionem contra tabulas venire non potuit. [1])

[1]) Vgl. § 23, med. (*pag.* 35.) und § 28, i. f. (*pag.* 44 und 45.)

14 *

Also: In einem Testamente ist der filius suus präterirt, der emancipatus exheredirt. Sobald nun der scriptus heres die Erbschaft antritt, soll der exheredirte Emancipatus nur in dem Falle durch Agnition der B. P. unde liberi zur Mitsuccession gelangen können, wenn der Suus gleichfalls antritt oder durch Immixtion die hereditas erwirbt; wogegen, falls Letzterer die contra tabulas B. P. nachsucht, seinem emancipirten Bruder jeder Weg zur Theilnahme an der Succession abgeschnitten seyn soll, weil die B. P. unde liberi nicht mit der contra tabulas concurriren könne.

Ich erlaube mir in Folgendem meine Zweifel gegen die Richtigkeit dieses Satzes vorzutragen.

Zuvörderst möchte ich nach der Bedeutung des Zwischensatzes: adita a scripto herede hereditate, fragen. So präcise, wie Hugo's Ausdrucksweise überhaupt ist, und so prägnant, wie grade in dieser Dissertation fast jedes Wort erscheint, möchte man anzunehmen geneigt seyn, die Meinung des Herrn Verfassers gehe dahin, daß, falls der Instituirte nicht antrete, der Exheredirte immer mit zur Succession zugelassen werden müsse. [2]) Allein dieser Annahme stehen zwei Bedenken entgegen. Erstens nemlich ist das Recht des Präterirten zur contra tabulas B. P. in keiner Weise an die Antretung des scriptus heres geknüpft; vielmehr darf jene B. P. erbeten werden, wenn der Instituirte auch noch nicht angetreten hat, oder überall niemals antritt. [3]) Zwei-

[2]) cf. *eod. pag.* 35. Unicum casum supra jam attulimus ex *L.* 1. § 9. *D. si tab. test. nullae exst.* in quo filius suus praeteritus assem cepisset per contra tabulas b. possessionem, a qua repulsus foret frater emancipatus ob exheredationem. Jam vero omittente herede scripto res ad causam intestati redit, petit emancipatus b. possessionem unde liberi, quia nemo vel contra, vel secundum tabulas petiit, et tuetur eum praetor in parte dimidia. Ita heres civilis praetorii beneficii neglector non quidem jacturam juris hereditarii patitur, sed id efficit, ut nulla sit testati b. possessio, ipsi duplo utilior.

[3]) cf. *Fr.* 4, *pr.* und *Fr.* 19. *de B. P. contra tab.*

tens aber ist die fragliche Adition des scriptus heres in unserm Falle etwas juristisch Unmögliches; denn nach Civilrecht ist das Testament, in welchem ein filius suus übergangen worden, durchaus null und nichtig, und so wird aus einem solchen Testamente dem Instituirten die hereditas gar nicht deferirt, weshalb Derselbe denn auch mit rechtlicher Wirkung eine Adition überall nicht vornehmen kann. Die secundum tabulas B. P. könnte er freilich erbitten, aber doch erst dann, wenn die Frist zur Agnition der contra tabulas ungenutzt verstrichen ist, [4]) und jedenfalls würde diese B. P. secundum tabulas nur sine re seyn, weil der filius suus praeteritus den Nachlaß mit der hereditatis petitio evinciren kann.

Also jener Zwischensatz: adita a scripto herede hereditate, müßte der Consequenz nach ganz wegfallen, und der geehrte Herr Verfasser dürfte wohl zugeben: entweder, daß das von ihm behauptete Resultat auch dann Statt habe, wenn der scriptus heres jenen nichtigen Act der Adition unterließ; oder aber, daß in beiden Fällen, — es sey die aditio vorgenommen oder nicht, — der exheredirte Emancipatus mit dem präterirten Suus immer gemeinschaftlich zur Succession gelange.

Ich für mein Theil halte die letzte Alternative für die Richtige, und glaube, daß der exheredirte Emancipatus immer die B. P. unde liberi und zwar cum re erhalte, sein präterirter Bruder mag nun die contra tabulas B. P. agnoscirt haben oder nicht.

[4]) Eben weil Hugo in obiger Stelle die Befugniß des Präterirten zur Agnition der contra tabulas B. P. als noch bestehend voraussetzt, also von einer Zeit redet, wo die Frist dazu noch nicht verstrichen war, mußte er consequenter Weise, — wie er auch gethan hat, — die mögliche secundum tabulas B. P. des scriptus heres ganz außer Erwähnung lassen, da Selbige in dem angenommenen Falle noch nicht deferirt ist.

Betrachten wir zuvörderst die Texteswortе selber.

Fr. 1, § 9. *Si tab. test. null. extab.* (Ulp.) Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem, qui in potestate fuerat, praeteritus: emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem unde liberi, tueri debet Praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset.

Fr. 32. *de liberis et postum.* (Marcianus.) Si filio emancipato exheredato, is, qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit: ab intestato autem et suus et emancipatus veniet.

Nach dem einfachen Wortsinne lassen beide Juristen den Emancipatus unbedingt zur Succession auf die Hälfte des Nachlasses zu, ohne seinen Anspruch irgendwie von einer Handlung oder Unterlassung des Suus abhängig zu machen, so daß also die Agnition der contra tabulas B. P. von Seiten des Letzteren, in Bezug auf Jenen, als etwas ganz Gleichgültiges erscheint; wogegen Hugo alles Recht des Emancipatus durchaus in die Willkür seines präterirten Bruders stellt, je nachdem Dieser nemlich jure civili oder jure praetorio succediren wolle. [5])

[5]) Es ist interessant zu vergleichen, wie diese Materie von den spätern Bearbeitern behandelt ist. Koch, (B. P. *pag*, 339 ff.) umgeht absichtlich die Frage, welchen Einfluß die Agnition der contra tabulas B. P. von Seiten des Suus auf die Succession des Emancipirten haben möge, und ärgert sich darüber, daß man überall so unnöthige und grundlose Zweifel ersinne. Ja er ist wohl nicht ganz abgeneigt, dem filius suus sein Recht auf die contra tabulas B. P. hier ganz abzusprechen. (Vgl. die *pag*. 323, unter 2) und 3) aufgestellten Sätze.)

Bluntschli, (Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. *pag*. 108 f.) entscheidet lächerlicher Weise unmittelbar hintereinander den nemlichen Fall, — nur jedesmal mit etwas andern Worten bezeichnet, — durchaus verschieden, und ohne den directen Widerspruch, in den er mit sich selber geräth, irgend zu ahnen. Man lese nur:

„Auf ähnliche Weise entscheidet Ulpian den Fall, wo ein Sohn „in der Gewalt übergangen, ein Emancipirter dagegen enterbt ward.

Der Grund nun, weshalb mein verehrter Lehrer die wörtliche Interpretation verwerfen zu müssen glaubt, ist kein Anderer, als die aus dem successorium Edictum im allgemeinen sich ergebende Regel, daß eine B. P. unde liberi nicht agnoscirt werden könne, wenn die B. P. in Einem der ersten beiden ordines erbeten wäre, ja daß dieselbe eigentlich gar nicht eher deferirt werde, als bis die contra oder secundum tabulas Berufenen die ihnen angebotene

„Auch hier wird der Letztere im Ordo: Unde liberi in der Hälfte der „Erbschaft geschützt, obgleich er nach prätorischem Recht zu der contra „tabulas B. P. keinen Zutritt hat. Der Prätor accommodirt sich zu „Gunsten des Emancipirten dem Civilrecht: und wenn er auch dem „Suus die contra tabulas B. P. ertheilt hatte, so ist sie „für diesen nicht wesentlich von der B. P. ab intestato, im Ordo: „Unde liberi verschieden. (L. 1. § 9. Si tab. test. nullae.)“

„Wichtiger nämlich ist die Collision beider Systeme, wo die Intestaterbfolge nach Civilrecht eintritt, wegen Uebergehung eines „Sohnes. Hier wird der Letztere äußerst vortheilhaft vom strengen „Recht bedacht; und man könnte glauben, er habe fast nie Veranlassung „gehabt, um die prätorische Erbfolge anzusuchen. Allein diese „konnte ihm sehr bedeutende Vortheile gewähren. Waren „z. B. Geschwister enterbt, so schloß sie dieselben von allem „Antheile an dem Nachlasse aus, wogegen sie vom civilen „Intestaterbrecht berufen wurden. (L. 32. de lib. et post.)“

Förster endlich (de B. P. liberorum praet. contra tab. parent. diss.) ist schwankend, und faßt die Sache wohl absichtlich mit spitzen Fingern an. Erstlich, *pag.* 151, wo er die Vortheile aufzählt, welche die Agnition der contra tabulas B. P. dem suus praeteritus gewähren könne, übergeht er den hier in Frage stehenden von Hugo behaupteten Gewinn; ja *pag.* 389 f. besonders in Note 25. (Vgl. *pag.* 443 i. f.) scheint er sich ganz für meine Ansicht zu entscheiden. Allein *pag.* 400 f. stellt er den Fall, in welchem beide Brüder zusammen succediren, wieder ganz eben so, wie Hugo gethan hat. „Etenim si fingamus „filiumfamilias praeteritum, emancipatum vero exheredem esse „scriptum: manifestum est, si filiusfamilias, omissa contra „tabulas bonorum possessione, heredem sese ab intestato „ex jure legitimo gerere maluerit, praetorem emancipatum quoque, „licet exheredatione notatum, ita debere adjuvare, ut juxta filium„familias ex edicto unde liberi eum tueatur“

Nur Francke, (das Recht der Notherben. *pag.* 141. a. E.) erklärt sich entschieden, wiewohl ohne die Gründe genauer zu entwickeln, gegen Hugo's Ansicht. — „gleichwie da, wo ein suus heres präterirt „und ein Emancipirter exheredirt ist, der suus nicht durch die, ihm „ungeachtet der Nichtigkeit des Testamentes zustehende b. p. contra „tabulas den enterbten Emancipirten von der Erbfolge verdrängen „kann, sondern dieser neben ihm zur Intestatsuccession gelangt, da bei „der civilrechtlichen Nichtigkeit des Testaments auch die darin enthaltene Exheredation ohne Wirkung sein muß.“

B. P. repudiirt oder versäumt hätten. [6]) Ich hoffe indessen, diesen Grund durch eine genauere Entwickelung des Wesens der dem filius suus praeteritus angebotenen contra tabulas B. P. entkräften zu können.

Schon vorhin ist nachgewiesen, daß die aditio des scriptus heres aus einem testamentum nullum eine juristisch ganz nichtige und gleichgültige Handlung sey, allein daneben ist zu bemerken, daß auch die Adition oder Immixtion des suus praeteritus etwas ganz eben so Gleichgültiges und Erfolgloses sey. Da nemlich das Testament nach Civilrecht durchaus null und nichtig ist, so tritt mit dem Tode des Testators unmittelbar und ipso jure die reine Intestaterbfolge ein, und der präterirte filius suus erwirbt als necessarius heres die hereditas ebenfalls ipso jure, ohne daß es einer Antretung oder pro herede gestio bedarf. Ja er kann die Folgen dieses Erwerbes nur dadurch abwehren, daß er vom Prätor das beneficium abstinendi erbittet; und einzig und allein in Bezug hierauf kann die Immixtion von Bedeutung seyn, indem sie dem Suus den Zutritt zu der eben gedachten Rechtswohlthat versperrt.

Wenn solchemnach der präterirte Suus sofort bei und mit dem Tode seines Vaters die hereditas durch eine Rechtsnothwendigkeit ab intestato erworben hat, so ist dadurch zugleich seinem emancipirten Bruder, (dessen Exheredation ja in und mit dem ganzen Testamente gleichermaßen null und nichtig ist,) ein Recht auf die Theilnahme an der Intestat-Succession erworben. Sollte Letzterem nun dieses Recht wohl nachträglich dadurch wieder entzogen werden können,

[6]) cf. Hugo. *l. c. pag.* 45. — de jure praetorio quaeritur, et hoc opinioni nostrae favet, primo quod vocat suos praeteritos ad b. possessionem contra tabulas, dein vero quod nulla datur b. possessio ab intestato, si contra tabulas non partis sed assis agnita est.

daß der Suus, der ja bereits heres geworden ist, späterhin die contra tabulas B. P. agnoscirt? —

Diese Frage dürfte um so weniger zu bejahen seyn, als eben die Agnition der contra tabulas B. P. die Qualität des Suus als Civil-Intestaterben gar nicht einmal aufhebt oder alterirt. Es steht ja überhaupt nicht in der Wahl des zugleich vom Civilrecht und vom Prätor zur Succession Berufenen, ob er jure civili oder jure praetorio erben wolle; sondern sein Wahlrecht beschränkt sich auf die Alternative, ob er allein mit dem Civilrecht sich behelfen, oder neben der hereditas auch noch die B. P. erwerben wolle. Selbst ein heres voluntarius, der bisher nicht angetreten hat, erwirbt durch Agnition der B. P. zugleich eo ipso die hereditas; denn die Nachsuchung der B. P. involvirt schon an sich die Erbschaftsantretung, und gilt jedenfalls als Immixtion und pro herede gestio. [7])

Ein Einwurf gegen die Richtigkeit des Gesagten könnte daher entnommen werden, daß dem filius suus institutus, commisso per emancipatum edicto, frei gestellt wird, auf die civile hereditas ex testamento zu verzichten, und nach prätorischem Rechte contra tabulas zu succediren. Allein dies ist ein besonderes auf die indulgentia praetoris gegründetes beneficium, welches mit dem jus abstinendi viele Aehnlichkeit hat, und auch wie Letzteres durch Immixtion des Suus verloren geht. [8]) Es ist ja auch an sich unmöglich, daß Jemand zugleich heres ex testamento und bonorum possessor contra tabulas sey. Wollte

[7]) Siehe oben, *pag.* 44. Note 53. — Die speciellen Vorschriften über die cretio kommen hier natürlich nicht in Betracht; übrigens muß auch in Bezug auf diese die agnitio bonorum possessionis der pro herede gestio ganz gleich stehen. cf. Gaji *Inst.* 2, § 177 und 178.

[8]) cf. *Fr.* 14, *pr. de B. P. contra tab.* und *Fr.* 1, § 8. *de collatione.*

also der Prätor, um eine gewisse Gleichförmigkeit in sein System der contra tabulas successio zu bringen, auch dem suus institutus den Zutritt zur contra tabulas B. P., commisso per alium edicto, überall gestatten, so mußte er ihm zugleich die Befugniß, sich seines Civil-Erbrechts zu entäußern, allerdings gewähren. In unserm Falle aber laufen Beide, sowohl das Civilrecht als die B. P. auf eine Succession gegen das Testament hinaus. Beide stehen also durchaus nicht in Widerspruch mit einander, und so folgt aus den allgemeinen Principien, daß der filius suus praeteritus nicht zugleich von der jure civili erworbenen hereditas intestati abstiniren, und daneben doch die contra tabulas B. P. erbitten dürfe.

Weil also die von dem filius suus praeteritus agnoscirte contra tabulas B. P. seine Qualität, als heres ab intestato überall nicht ändern kann, so hat Dieselbe in solchem Falle auch gar nicht die Wirkung, daß eine successio testamentaria eintrete, welche allerdings durch die von einem emancipatus praeteritus erbetene contra tabulas B. P. beständig herbeigeführt wird.

Hier zeigt sich nun die große und von den Römischen Juristen deutlich anerkannte Verschiedenheit der contra tabulas B. P., je nachdem sie dem Suus praeteritus oder dem Emancipatus praeteritus ertheilt wird. [9]) Jene ist juris civilis confirmandi, Diese impugnandi causa eingeführt. Letztere giebt Dem, der sie erhält, erst ein Successionsrecht,

[9]) Dem Emancipatus praeteritus steht übrigens, wenn das Testament nach Civilrecht gültig ist, durchaus gleich sowohl der Suus institutus, commisso per alium edicto, als auch der Suus exheredatus, falls dieser zufällig, wie in den, in *Fr.* 8, § 5. und *Fr.* 12, § 1. *de B. P. contra tab.* vorgetragenen Beispielen, die contra tabulas B. P. erhält. Beide werden gar nicht Civilerben sondern haben bloß den Schutz der prätorischen Succession zu genießen. Vgl. oben, *pag.* 99. Note 129. und *pag.* 131 ff.

während Erstere nur das schon unabhängig von ihr Bestehende schützt, und dem Erwerber weiter nichts hilft, als daß er etwa in einem judicium de hereditate nicht als Kläger, sondern nur als Beklagter aufzutreten braucht, und während der Dauer des Rechtsstreites den Besitz des Nachlasses hat; [10]) oder, mit Gajus Worten: sie gewährt ihm keinen andern Vortheil als das interdictum Quorum bonorum. [11]) Während also die dem Emancipatus praeteritus verliehene contra tabulas B. P. eine testamentarische Succession zur Folge hat, erkennt die dem Suus praeteritus Angebotene sein civiles Intestaterbrecht ohne alle Beschränkung an; und darum wird ein solcher contra tabulas bonorum possessor auch von dem Edicte: de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita, gar nicht berührt. [12]) Folglich ist denn die dem Suus praeteritus ertheilte contra tabulas B. P. ihrem eigentlichen Wesen nach mit der B. P. unde liberi ganz identisch; nur daß sie des bezeichneten Zweckes wegen, (Verschaffung des Besitzes und Schutz in Selbigem während der Dauer des judicium de hereditate,) der secundum tabulas B. P. vorangestellt ist. [13])

Wenn wir dies Alles erwägen, und daneben in Betracht ziehen, wie erwiesenermaßen auch die secundum tabulas

[10]) Freilich wird, eben weil der suus heres nicht die hereditatis petitio anzustellen braucht, sondern mit dem Interdicte den Besitz des Nachlasses sich verschaffen kann, ein judicium de hereditate in solchem Falle überhaupt nicht leicht vorkommen. Denn wer wird als hereditatis petitor gegen ihn aufzutreten wagen? Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit, quam ei filius natus esset, hereditatem petit? nemo: quia constat, agnascendo rumpi testamentum. Cicero, *de oratore.* 1, *cap.* 57.

[11]) Gaji *Inst.* 3, § 34. .... item ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem uocat . quibus casibus beneficium eius in eo solo uidetur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cuius principium est Quorum bonorum, uti possit.

[12]) Siehe oben, *pag.* 99 — 104.

[13]) Vergleiche hierüber oben, *pag.* 35 — 38.

B. P. in vielen Fällen mit der contra tabulas concurriren kann, [14]) so wird der erhobene Zweifel gegen die unbedingte Geltung der im allgemeinen sonst richtigen Regel: daß der voranstehende ordo bonorum possessionis jedesmal den Nachfolgenden ausschließe, sich gewiß rechtfertigen, und ich glaube folgende Ausnahme statuiren zu dürfen:

Sobald nach Civilrecht ein filius suus ab intestato succedirt, (entweder weil das Testament nullum oder ruptum oder irritum ist, oder weil der scriptus heres die hereditas nicht antritt, und also das Testament destitut werden läßt,) so gehen die contra tabulas B. P. und die unde liberi mit gleichem Rechte neben einander, ohne daß die Eine der Andern präjudiciren, oder sie gar ausschließen darf.

Eine directe Bestätigung dieses Rechtssatzes finden wir in folgender Stelle, wo Tryphoninus einen dem Unsrigen grade entgegen gesetzten Fall sehr genau untersucht und erläutert, den nemlich, daß nicht der Suus sondern der Emancipatus präterirt, Ersterer dagegen exheredirt ist. [15])

Fr. 20, *pr. de B. P. contra tab.* (Tryphoninus.) Filium, quem in potestate habebat, exheredavit: emancipatum praeteriit. Quaesitum est, quatenus emancipatus bonorum possessionem habiturus sit? Dixi, si

[14]) Siehe oben, *pag.* 98. *sub* 3), *pag.* 175. a. E. und ff. und *pag.* 193. und 195 f.

[15]) Hugo, (*l. c. pag.* 42. *sub. IV.*) stellt für diesen Fall eine eigne Regel auf, welche aber etwas weit und unbestimmt gefaßt ist. Sie lautet so: Aliquando partem hereditatis b. possessori aufert heres civilis, licet ad eamdem b. possessionem eam ob causam non sit vocatus, quia heres civilis non ex eo ordine fuit, ex quo agnita est b. possessio. Impedimentum adfuerit necesse est, quod hactenus est remotum, ut hereditas quidem civilis, non vero illa b. possessio competere incipiat. Id evenit in casu legis 20. D. de b. poss. contra tab. quoties ex testamento non adit heres, in quo suus exheredatus, emancipatus vero praeteritus est. Diese Regel nun eben möchte ich genauer begrenzen, und sie zu dem Ende so fassen, wie im Texte geschehen ist.

scripti heredes extranei adierint hereditatem: repellendum esse filium qui mansit in potestate: quod si hi repudiaverint hereditatem, quod facile sunt facturi, nihil laturi ex hereditate propter eum, qui contra tabulas accepit bonorum possessionem: filius ab intestato patris suus heres deprehendetur: emancipatus autem petens contra tabulas bonorum possessionem, solus habebit bonorum possessionem. Sed cum exheredatio, non adita hereditate ex testamento, nullius sit momenti, ideoque non obstare eam, nec quo minus contra tabulas libertorum patris accipiat bonorum possessionem, Julianus recte respondit, ne testamentum per omnia irritum ad notam exheredationis solam profecisse videatur: redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum, ex asse heredem ab intestato patre, emancipatum Praetor in parte dimidia tueatur. Erit ergo venale beneficium scripti heredis extranei: ut, cum ipse jure hereditatis nihil sit consecuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum, praestetque assem emancipato filio jure contra tabulas bonorum possessionis: si autem omiserit hereditatem, in portionem bonorum exheredatum effectum admittet jure factum solum suum heredem. Sed quemadmodum Praetor emancipatum tueatur, si adita non fuerit hereditas: ita nec filius, qui in potestate remansit, aditione adhibita in totum expellendus erit: sed ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querellae contra emancipatum movendae.

Hier ist nun das Testament nach Civilrecht durchaus gültig; der eingesetzte Erbe **kann** also **antreten**, dem Emancipatus aber, und zwar Diesem allein, ist die contra tabulas B. P. angeboten. Das Schicksal des Suus liegt demnach fast ganz in der Hand des scriptus heres. Tritt

Dieser die Erbschaft an, so wird er Civilerbe, jedoch sine re, denn der Emancipatus erhält durch die B. P. den ganzen Nachlaß, und dem Suus bleibt nur die inofficiosi querela als letzte Zuflucht. Repudiirt er dagegen, — und diesen Fall wollen wir jetzt näher in's Auge fassen, — so wird das Testament destitut, und dann ist der Suus nach Civilrecht alleiniger heres, nach prätorischem Rechte jedoch nur zu der unde liberi B. P. auf die Hälfte des Nachlasses berufen. So viel ist nun von selbst klar, daß durch die jetzt eintretende civile Intestat-Succession dem Emancipirten sein Recht aus der contra tabulas B. P., wenigstens auf die Hälfte der Verlassenschaft, nicht entzogen werden könne; denn die Erlangung dieser B. P. ist von dem Umstande, ob der scriptus heres antritt oder nicht, ganz unabhängig. Es fragt sich nur, ob er nicht durch die contra tabulas B. P. eben den ganzen Nachlaß erhalte, da der Suus nicht mit ihm zugleich, sondern erst in einem spätern ordo vom Prätor berufen ist, und also, nach der allgemeinen Regel des successorium edictum eben so, wie auch nach dem von Hugo aufgestellten Princip über das Verhältniß der B. P. zur hereditas, ihm ganz und gar weichen müßte. Allein an eine solche Entscheidung denkt Tryphoninus nicht im entferntesten, sondern er sagt: redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum, ex asse heredem ab intestato patre, emancipatum Praetor in parte dimidia tueatur. Folglich concurrirt auch hier die Berechtigung zur contra tabulas B. P. mit der zur B. P. unde liberi, ohne daß Eine die Andre ausschließt.

Wenn aber Jemand meinen möchte, auch der Emancipatus erhalte in diesem Falle nicht die contra tabulas, sondern die unde liberi B. P., so widerlegt sich diese Annahme, — auch abgesehen von den klaren Worten des Juristen, die

ihr entgegen stehen, — sehr einfach aus dem innern Zusammenhange des Rechts. Für den emancipatus praeteritus nemlich ist die contra tabulas B. P. eine Nothwendige, ohne welche er gar nicht zur Succession gelangen kann; denn wenn er ihre Agnition versäumt, so wird dem scriptus heres die secundum tabulas B. P. eröffnet, und er selbst bleibt gänzlich erblos. [16]) Hat er aber einmal die contra tabulas erbeten, so darf er nachher nicht wieder von Dieser zurücktreten, um die unde liberi B. P. zu agnosciren, wobei ihm überdies das Edict: Si quis omissa causa testamenti etc. im Wege stehen würde. Also: der Emancipatus succedirt testamentarisch, der Suus ab intestato; Jener ist bonorum possessor contra tabulas, Dieser erhält, wenn er überall will, die B. P. unde liberi; und Jener muß den exceptae personae für seine Hälfte die Vermächtnisse prästiren, während Dieser davon frei ist. Aber eben weil Beide nicht in demselben, sondern in verschiedenen ordines zur B. P. berufen sind, und zwar der Suus in einem Späteren als der Emancipatus, ist Letzterer nicht zur Collation verbunden. Ganz so entscheidet denn auch Tryphoninus in § 1 und 2. unseres Fragmentes.

Noch in einer andern Beziehung ist uns diese Stelle wichtig. Wir sehen, wie genau und sorgfältig der Jurist die Verschiedenheit des Erfolges erörtert, je nachdem der scriptus heres die Erbschaft antritt oder ausschlägt. Wenn nun in dem Falle, welchen unsere beiden in der Ueberschrift genannten Fragmente behandeln, durch die Nachsuchung oder Versäumung der contra tabulas B. P. von Seiten des filius suus praeteritus gleichfalls ganz verschiedene Erfolge herbeigeführt würden, wie Hugo Solches behauptet, wäre

[16]) *Fr. 2. Si tab. test. null. extab. unde liberi.*

dann wohl glaublich, daß **Ulpian** sowohl als **Marcian**, Beide diese Verschiedenheit ganz mit Stillschweigen übergangen, und **das** als ein allgemein gültiges Resultat angegeben haben sollten, was doch nur unter einer besondern, durchaus aber nicht angedeuteten Bedingung hätte eintreffen können? Welchen Irrthümern und Mißverständnissen setzten sie nicht ihre Leser aus, wenn sie wirklich nur in dem von **Hugo** angenommenen Falle das Recht des Emancipatus auf die Hälfte des Nachlasses anerkennen wollten und dürften, und dennoch, der Fassung ihrer Worte nach, ihm dieses Recht ganz allgemein und unbedingt einräumten! Ist ein solcher Fehler namentlich wohl dem **Ulpian** zuzutrauen? Und wäre es nicht fast noch wunderbarer, wenn zwei verschiedene Juristen ganz in denselben Fehler verfallen seyn sollten?

Also, — um auf unser Hauptthema zurückzukommen, — sobald der präterirte Suus die contra tabulas B. P. erbittet, scheint die Zulassung des exheredirten Emancipatus zur B. P. unde liberi, mag er sie de plano agnosciren, oder pro tribunali erbitten, ganz unzweifelhaft. Aber umgekehrt, wenn Jener das prätorische beneficium verschmähet und sich mit dem Civilrechte behilft, — also grade in dem Fall, in welchem allein **Hugo** den Emancipatus admittiren will, — sind noch einige Bedenken aus dem Wege zu räumen. Der scriptus heres nemlich muß ja nach Ablauf der dem filius suus praeteritus zur Agnition der contra tabulas B. P. bewilligten Frist, sobald Letztere nicht agnoscirt worden, auf sein Verlangen die B. P. secundum tabulas ohne Widerrede erhalten. Gegen den Suus freilich, der Civilerbe ist, kann er Diese natürlich nicht geltend machen; in Bezug auf ihn bleibt er bonorum possessor sine re; aber gegen den Emancipatus, welcher gar kein Civil-Erbrecht hat, und zur B. P. erst hinter dem secundum tabulas bonorum possessor

im ordo: unde liberi berufen ist, scheint Derselbe auf den ersten Anblick obsiegen zu müssen. Es wird also noch die Frage zu beantworten seyn, durch welche Mittel hier der Anspruch des scriptus heres entkräftet worden sey?

Solcher Mittel bieten sich uns Zwei dar.

Das Eine würde die doli exceptio seyn, welche der Emancipatus gegen das Interdict des secundum tabulas bonorum possessor postulirt, indem er sich auf das Vorzugsrecht seines präterirten Bruders beruft. Er sagt etwa: Daß der Kläger gegen meinen Bruder, als einen filius suus praeteritus nichts ausrichten kann, liegt zu Tage. Nun leite ich aber mein Recht auf die von mir besessene Hälfte des väterlichen Nachlasses lediglich von diesem Bruder her; denn falls ich nicht da wäre, würde eben mein Bruder den ganzen Nachlaß allein behalten. Ja, selbst wenn ich hier verurtheilt würde, so müßte der Kläger doch Alles, was er von mir erstreitet, meinem Bruder wieder restituiren, sobald Dieser die hereditatis petitio gegen ihn zur Hand nimmt; und ich kann Letzteren wohl gar rechtlich nöthigen, daß er mir jene Klage cedire, also mich für das bevorstehende judidicium de hereditate zum procurator in rem meam bestelle. Folglich fordert der Kläger jetzt etwas, was er danächst doch jedenfalls wieder herausgeben müßte; und deshalb ist er in dolo, und muß schon jetzt abgewiesen werden; Denn: dolo facit, qui petit, quod redditurus est, wie Paulus in *Fr.* 8, *pr. de doli mali et metus except.* ausdrücklich sagt.[17])

[17]) Eine solche Berufung auf das Recht Dessen, den man ganz oder theilweise verdrängt, gleichsam als seines Auctors, haben wir schon oben, *pag.* 133 ff. (und besonders Note 181. daselbst,) in mehreren Fällen angewendet befunden.

Einigermaßen mit Beziehung auf Dieselbe wird denn auch wohl ein Rechtsfall sich sehr einfach entscheiden lassen, den ich früherhin (Vgl. Rhein. Museum f. Jurisprud. Bd. 4. *pag.* 183. Note 22.) etwas leichtsinnig für einen gordischen Knoten erklärt habe. Der Fall ist Dieser.

Der zweite Ausweg dagegen wäre der, daß gleich anfangs der Emancipatus zum Tribunal geht, dem Prätor den Fall genau auseinander setzt, und sich dann nach angestellter causae cognitio die B. P. unde liberi durch ein Decret ertheilen läßt. Denn sobald einmal die B. P. ihm decreto gegeben war, konnte, wie oben, *pag.* 173 f. erörtert ist, kein anderer Competent mehr die B. P. mit rechtlichem Erfolge agnosciren, viel weniger mit dem interdictum Quorum bonorum gegen den decretalis bonorum possessor durchdringen.

Ich glaube nun, daß der Emancipatus zwischen beiden Hülfsmitteln wählen durfte, und zwar eben weil Ulpian

Vor der Zeit des Marcus Aurelius exheredirt ein Vater in einem mit sieben Siegeln versehenen Testamente, bei dessen Errichtung jedoch die familiae mancipatio nicht rite geschehen war, seinen emancipirten und zwar einzigen Sohn, und setzt einen Fremden zum Erben ein. Nach seinem Tode machen nun der scriptus heres, der agnatus proximus und der emancipatus exheredatus, alle Drei, Anspruch auf den Nachlaß.

In judicio interdicti Quorum bonorum ist der Testamentserbe, welcher die secundum tabulas B. P. agnoscirt hat, der potior; allein der Agnat evincirt den Nachlaß als legitimus heres mit der hereditatis petitio. Will nun der Emancipatus, der freilich durch das Edict im ordo: unde liberi, also vor dem Agnaten berufen ist, und der, wenn er wirklich bonorum possessor unde liberi wäre, Letzteren unbezweifelt ganz ausschließen würde, gegen diesen Agnaten das Interdict anstellen, so darf der Beklagte vor dem Judex mit Recht einwenden, daß dem Kläger die B. P. unde liberi überall nicht erworben sey, weil eben der scriptus heres bereits die secundum tabulas agnoscirt habe, wodurch jede weitere Delation der B. P. abgeschnitten worden, so daß die factisch etwa erfolgte Agnition jener B. P. unde liberi gar keine rechtliche Wirkung haben könne. Folglich bleibt dem exheredirten Sohne nur die inofficiosi querela als letzte Zuflucht.

Hätte dagegen der scriptus heres die Agnition der secundum tabulas B. P. versäumt, oder diese B. P. repudiirt, so würde Solches dem exheredirten Emancipatus zu Gute kommen; denn alsdann ist Letzterem die B. P. unde liberi wirklich eröffnet, und der Agnat mit seinem allein auf das jus civile gestützten Anspruche muß ihm weichen.

Erit ergo venale beneficium scripti heredis extranei: ut, cum ipse jure bonorum possessionis nihil sit consecuturus, agnoscendo bonorum possessionem secundum tabulas repellat emancipatum filium exheredatum, praestetque assem agnato proximo jure hereditatis: si autem ipse omiserit bonorum possessionem, filium ad bonorum possessionem ab intestato unde liberi admittet, agnatumque in totum excludet.

in *Fr*. 1, § 9. *cit.* sich des ganz allgemeinen Ausdruckes bedient: emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem unde liberi, tueri debet Praetor usque ad partem dimidiam. Beides nemlich, sowohl die Gewährung einer Exception, als auch die Ertheilung der B. P. durch ein Decret, gehört zu den prätorischen Schutzmitteln (tuitio Praetoris). So viel ersehen wir aber mit Bestimmtheit aus jenen Worten, daß der Prätor selber auf irgend eine Weise zu Gunsten des Emancipatus hier thätig gewirkt habe.

Solchemnach wird es denn möglich, daß in einer und derselben Verlassenschaft die drei ersten ordines der B. P., alle zusammen und neben einander, zur Anwendung gelangen können. Setzen wir folgenden Fall.

Der Erblasser hat ein prätorisches Testament errichtet, in welchem er den Einen seiner beiden emancipirten Söhne zum alleinigen Erben ernennt, den Andern, einen Verschwender, exheredirt, und ihm nur jährliche Alimente aussetzt. Der Instituirte, — da aus einem prätorischen Testamente die hereditas nicht deferirt wird, — mußte die secundum tabulas B. P. agnosciren; der Enterbte dagegen will die inofficiosi querela zur Hand nehmen, und hat sich deshalb bereits die B. P. unde liberi eventuell und provisionell ertheilen lassen, als eben der dritte todtgeglaubte Bruder, ein filius suus, welcher in früheren Jahren unter Räuber gerathen, von diesen aber nicht ermordet, sondern als Sklave verkauft war, aus der Gefangenschaft zurückkehrt, und nunmehr, da seiner im Testamente überall keine Erwähnung geschehen, die contra tabulas B. P. erbittet. Der Instituirte kann nun, nachdem er einmal die secundum tabulas B. P. agnoscirt hat, licet commisso per alium edicto, dennoch nicht mehr zur contra tabulas überspringen;

sondern nur verlangen, vom Prätor bei der erworbenen B. P. auf eine virilis portio geschützt zu werden, wo er dann die Vermächtnisse auf seinen dritten Theil, jedoch nur an die exceptae personae, und zwar mit Ausschluß seines exheredirten Bruders, zu entrichten verpflichtet ist. Eben so muß auch der Exheredirte bei seiner B. P. unde liberi bleiben, und zwar um so mehr, als er zur contra tabulas B. P. gar nicht berufen ist; allein er bedarf jetzt, da nach Civilrecht wegen Nichtigkeit des Testaments die reine Intestat-Succession eintritt, der inofficiosi querela überall nicht weiter; vielmehr wird er, nach Maßgabe der beiden hier interpretirten Stellen, gleichfalls auf eine portio virilis vom Prätor geschützt.

Folglich erhält jeder Bruder ein Drittheil des Nachlasses, und zwar der Eine zugleich als Civilerbe und als contra tabulas bonorum possessor, der Zweite vermittelst der secundum tabulas B. P., und der Dritte endlich durch die B. P. unde liberi. Beide Letztere müßen daneben dem Ersten, nicht aber sich unter einander, ihre bona conferiren.

Verbesserungen und Nachträge.

pag. 1, Z. 8. v. u. lies Erbrechts= statt: Erbschafts=
- 18, Z. 18 und 19. v. o. lies statuirte. statt: statuirten.
- 24, Z. 3 und 4. v. o. lies ergriffen statt: ergriffen
- 27, Z. 6. v. o. lies aequissi- statt: aeqnissi-
- 28, Z. 6. v. u. lies praeter istum statt: praeteristum
- 45, Z. 1 und 2. v. o. Statt: „so erlosch die bisherige „B. P. von selbst," muß es heißen: „so erloschen natürlich „auch alle in der B. P. enthaltenen Rechte und Befugnisse."

pag. 47. Zur Note 56 ist folgendes nachzutragen:

Zu Gajus Zeiten wurde dem posthumus alienus wohl noch keine secundum tabulas B. P. bewilligt; denn nicht nur sagt Gajus *(Inst.* 2, § 141 und 142.) ganz unbedingt, daß ein posthumus alienus weder zum Erben eingesetzt, noch ihm legirt werden könne; sondern er erzählt auch in § 287. *eod.*, daß die dem posthumus alienus hinterlassenen Fidei=Commisse zwar früherhin als rechtsbeständig angesehen, vor kurzem jedoch durch einen Senats=Beschluß für ungültig erklärt wären. Eadem aut simili ex causa autem olim incertae personae, uel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamuis neque heres institui, neque legari ei possit. Sed senatusconsulto, quod auctore diuo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque, constitutum est. Daß mit dieser Anordnung nicht gleichzeitig ein Recht bestehen konnte, nach welchem dem direct (jedoch nothwendig inutiliter) instituirten posthumus alienus die B. P. bewilligt würde, versteht sich wohl von selbst. (cf. *Fr.* 6. *de B. P. secundum tab.)* Zu Ulpian's Zeit war indessen die hier besprochene secundum tabulas B. P. bereits eingeführt. *Fr.* 6. *de ventre in poss. mitt.* (Ulp.) Extraneo postumo herede instituto, non aliter venter in possessionem mittitur, nisi mater aliunde se alere non possit: ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur. (cf. *Fr.* 4, *pr. de inofficioso.)*

pag. 65. Der Note 84 ist noch hinzuzufügen: Pauli *sent. recept.* 5, *tit.* 9, § 1. Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac

stipulatione cavere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat. Hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur.

pag. 74, Z. 2. v. o. Nach den Worten: „wieder obtiniren „werde." ist einzuschieben: (*Fr.* 8, *pr. de doli mali except.* Paulus. Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.)

pag. 91. Zur Note 113. Noch eine Andeutung findet sich in *Fr.* 20, *pr. de B. P. contra tab.*, wo Tryphoninus ausdrücklich, und zweimal, der tuitio gedenkt, welche der Prätor dem Emancipatus contra tabulas bonorum possessor gegen seinen Bruder, filium suum ex asse heredem ab intestato patre, angedeihen lasse. Diese tuitio kann eben nur in der Verweigerung der hereditatis petitio bestehen.

pag. 110, Z. 11—13. v. o. Der hier ausgesprochene Satz ist nicht ganz richtig. Auch wenn der Präterirte den Erblasser überlebt, und Erbe bleibt, oder auch abstinirt, können Andere neben ihm jure civili heredes werden, ohne doch zur contra oder secundum tabulas B. P. berufen zu seyn, nemlich die liberi sui exheredati. Die Exheredation ist ja in und mit dem ganzen Testamente null und nichtig, oder rumpirt; und so succediren diese inutiliter exheredati nach Civilrecht ab intestato, wogegen sie vom Prätor erst hinter dem scriptus heres zur B. P. unde liberi berufen sind. Folglich tritt auch hier ein Conflict zwischen dem jus civile und der secundum tabulas B. P. ein. Daß in Selbigem aber das Civilrecht stets den Vorrang genieße, erhellt unzweifelhaft aus *Fr.* 13. *de doli mali except.* . (Siehe *pag.* 112 f.)

pag. 119. Note 160. Statt der ersten beiden Zeilen ist zu setzen: „z. B. Ein vor dem Testator verstorbener filius suus „war bei den Institutionen ꝛc."

So, wie es gedruckt dasteht, ist das Beispiel nicht richtig, quia posthumus rumpendo gradum totum infirmat testamentum; und überdies vermöchte der substitutus, selbst wenn er heres werden könnte, doch nicht dem Instituirten die hereditas zu evinciren, da Letzterer als bonorum possessor secundum tabulas durch eine doli exceptio gegen die hereditatis petitio geschützt wird. Siehe oben, *pag.* 112.

pag. 120, Z. 9. v. o. lies possessio statt: posses sio
- 121, Z. 12. v. o. lies und statt: nnd
- 150, Z. 18. v. o. lies B. P. statt: B. B.
- 175. Nach Z. 3. v. o. ist einzuschalten: „Ja wie fest Papinian darauf hielt, daß der Hintermann des Carbonianus

bonorum possessor während der Impubertät des Letzteren die B. P. überall nicht agnosciren dürfe, erhellt noch aus einer andern Stelle, nemlich:

Fr. 42, §. 2. *de bonis libertor.* (Pap.) Cum filius liberti impubes, qui subjectus dicitur, ex prima parte bonorum possessionem accipiat, an patronus defuncti possessionem accipere possit, quaesitum est. et sine dubio, qui sequentis gradus sunt, non admittuntur interim, cum enim praecedit alia possessio, qui sequitur, accipere non potest. Plane si contra eum, qui subjectus dicitur, fuerit judicatum: data non intellegitur.

Bedarf es wohl noch eines deutlicheren Zeugnisses, daß die Carboniana eine ächte B. P., mit ganz gleichem Rechte, wie jede Andere gewesen sey?"

pag. 176. Der Note 254 ist hinzuzufügen: „Außer diesem Falle darf dem Pupillen nur provisionell und zwar in Bezug auf die von ihm anzustellende Querel, also litis ordinandae gratia, eine B. P. ab intestato ertheilt werden, durch welche er denn einen gegenwärtigen Besitz — etwa in Gemeinschaft mit dem scriptus heres — überall nicht erlangen kann."

pag. 196. Nach Zeile 18. v. o. ist einzuschalten: „Die hier ohne genauere Bezeichnung genannte B. P. ist, wie sich aus dem Zusammenhange ergiebt, die contra tabulas. Von der Agnition der secundum tabulas B. P. redet Africanus nicht speciell, sondern sagt nur: qui heres institutus adierit; allein unter diesem Ausdrucke ist hier auch der bonorum possessor secundum tabulas mit zu verstehen. Man denke nur an den Fall eines prätorischen Testamentes, aus welchem nur die B. P. agnoscirt, nicht aber die hereditas angetreten werden darf. Ueberdies kann die hier und in den in Note 285 citirten Stellen beständig erwähnte tuitio praetoris sich doch nur auf eine irgendwie erworbene Succession beziehen; denn ein nicht bereits wirklich statt gefundener Erwerb ist auch überall nicht geeignet, vom Prätor in Schutz genommen zu werden. Außer der Adition aber und der Agnition einer secundum tabulas B. P. giebt es, — abgesehen vom necessarius heres, — gar keinen Weg, einen testamentarisch deferirten Erbtheil zu erwerben. (Vgl. oben, *pag.* 103. Note 136)."

Gedruckt in der Königl. Regierungs-Buchdruckerei zu Stralsund.

Kruis

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Fabricius, Carl F.

Historische Forschungen im Gebiete des Römischen Privat-Rechts

Bd.: 1. Ursprung und Entwicklung der bonorum possessio bis zum Aufhören des Ordo iudiciorum privatorum

Berlin 1837

J.rom.c. 123 m-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565346-6